This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HL 3UEA 9

Digitized by Google

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

C. F. GABBA

RETROATTIVITÀ DELLE LEGGI

VOL. II.

Digitized by Google

Digitized by Google

TEORIA

DELLA

RETROATTIVITÀ DELLE LEGGI

ESPOSTA

DA

C. F. GABBA
Professore ordinario della R. Università di Pisa.

VOLUME SECONDO

SECONDA EDIZIONE
RIVEDUTA E ACCRESCIUTA DALL'AUTORE
CON RICHIAMO ALLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
33, Via Carlo Alberto, 33
Dicembre 1884.

Digitized by Google

For
G

Diritti di traduzione e riproduzione riservati alla Società editrice.

Digitized by Google

PARTE TERZA

Principii pratici ed applicazioni

LIBRO PRIMO

PRINCIPII DI GIUS TRANSITORIO PERSONALE.

Le relazioni che intercedono fra gli uomini nella società possono essere distinte in due grandi categorie. L'individuo ha continuamente bisogno dei suoi simili onde esercitare utilmente la propria attività, sia che si associ con altri onde raggiungere un vantaggio comune, sia che scambi i prodotti della propria attività e i propri servigi coi prodotti e servigi altrui. Di qui nascono i molteplici e svariatissimi rapporti della vita quotidiana, i quali forniscono alla scienza economica e a quella del diritto la maggior parte del loro contenuto. Ma oltre a queste relazioni, di loro natura passeggiere, e per la massima parte coordinate piuttosto ai mezzi che ai fini della esistenza, l'individuo ne ha eziandio di durevoli, che investono per diversi lati la totalità del suo essere, e che attengono strettamente allo stesso fine della vita, e ne effettuano una parte. Diconsi queste relazioni *personali* per eccellenza, o *relazioni di stato personale*. L'uomo invero nasce e vive membro di uno Stato, membro di una famiglia, consegue nello Stato una posizione corrispondente ai suoi meriti, e queste qualità e relazioni, mediante le quali egli adempie ai gravi doveri dell'amor

713285
Digitized by Google

di patria, e dell'amore dei parenti, esercitano una costante influenza sul viver suo sempre e dovunque egli si ritrova. Esse esprimono ed effettuano l'alta destinazione morale dell'uomo, nella quale l'interesse dell'individuo si concilia e si confonde coll'interesse generale, nè l'umana associazione sarebbe un ente organico, ma soltanto una massa inorganica di isolate individualità, se non si vedessero gli uomini raggruppati stabilmente intorno a molteplici centri di vita, coordinati e subordinati fra di loro, principalissimi fra i quali sono appunto *lo Stato* e *la famiglia*. Per tal ragione le relazioni di cui parliamo servono in certo modo di base a tutto quanto il sistema dei diritti individuali, sono anteriori a tutte le altre relazioni giuridiche, e noi pure nello applicare i generali principii del gius transitorio, ci siamo proposti di cominciare da esse (v. Vol. I, pag. 144).

CAPITOLO I.

Natura e contenuto delle relazioni di stato personale.

Tutte quante le relazioni di stato personale, partendo dall'individuo, mettono capo, come dicemmo poc'anzi, allo Stato e alla famiglia, alle relazioni cioè di cittadinanza e di parentela, e, mediante queste, ai fondamentali concetti dell'ordine sociale e dell'ordine famigliare. Codesta importante verità è stata finora intraveduta da pochissimi scrittori di diritto transitorio, quali sono l'Herrestorff (pag. 199) (1), e il Grandmanche de Beaulieu (vedi infra).

(1) « Le leggi sui diritti delle persone determinano per la massima parte lo stato delle singole persone nelle loro generali relazioni colla rimanente società civile, e con quella più particolare della famiglia ». Herrestorff non svolge poi questo concetto; altrimenti non avrebbe conservata l'espressione: per la massima parte. Egli non si arrischiò a dire tutte, perchè non si addentrò abbastanza nell'argomento.

Digitized by Google

Veramente, ove si adoperi la parola Stato nel più lato suo significato che equivarrebbe a quello di società civile, può anche dirsi che tutte le relazioni di stato personale intercedano in sostanza fra l'individuo e lo Stato, comprendendo nell'ordine di questo anche l'ordine famigliare. Lo che appunto noi abbiamo pure affermato nella Parte generale di quest'opera (Vol. I, p. 208). E ne conseguiterebbe ciò che ivi noi dicemmo, che cioè tutte le relazioni di stato personale riguardano la persona considerata come membro dello Stato, oppure come costituita in date condizioni fisiche, indipendenti dalla sua volontà, che hanno efficacia sulla capacità sua di acquistare diritti e doveri. Imperocchè l'individuo ha diritti verso la civile associazione non solo come membro attivo della medesima, ma eziandio come uomo soltanto, a cui il soccorso di quella è fisicamente necessario. Ma ora, dovendo noi più particolarmente di quelle relazioni ragionare, stimiamo opportuno adoperare la parola Stato in più ristretto senso, cioè in quello di politica aggregazione, distinta affatto da ogni privata colleganza, epperò le relazioni di stato personale in due categorie raccogliamo, secondo che allo *Stato* in proprio senso ricollegansi, oppure alla *famiglia*. Le prime sono aspetti vari del concetto generale di cittadinanza, cioè di appartenenza di un dato individuo a una data aggregazione politica, le seconde sono aspetti vari del concetto generale di famiglia, cioè di colleganza per titolo di matrimonio o di parentela.

Per comprendere però tutta l'estensione della relazione personale di cittadinanza, bisogna considerare il cittadino non solo nelle prerogative che egli ha comuni con tutti gli altri, ma eziandio in quelle che sono connesse colla posizione, coll'ufficio o colla carica da lui individualmente conseguita, e che del pari gli competono di fronte a tutta la società; e non solo nelle sue normali condizioni di esistenza, ma eziandio in quelle anormali, provenienti sia dal fatto suo, sia da cagioni indipen-

Digitized by Google

denti dalla sua volontà. In queste ultime lo Stato ha piuttosto diritti verso l'individuo che doveri, oppure accade il contrario, mentre da tutte le altre relazioni fra l'individuo e lo Stato i diritti e i doveri di entrambi si compensano ed equilibrano. Condizioni personali anormali dell'individuo di fronte allo Stato sono: *a*) quelle nascenti dalla violazione delle leggi, che ingenera nel cittadino il dovere di ripristinare con sacrificio proprio l'ordine sociale disturbato, e nella società il diritto di esigere tale riparazione; *b*) quelle nascenti da imperfezioni naturali o accidentali dello svolgimento delle umane facoltà, necessario pel pieno esercizio di tutti i diritti che le leggi attribuiscono al cittadino. Di quest'ultimo genere sono per esempio la condizione del minorenne, e quella del maggiorenne incapace intellettualmente di provvedere da sè ai propri interessi. Gli individui che si trovano in condizioni personali di questo genere hanno il diritto di essere assistiti dalla società, e questa ha il dovere di assisterli. Certamente le leggi che determinano la condizione giuridica di chi ha commesso un delitto, in ragione di questo fatto, e quella del minorenne o di chi ha mente non sana, sono leggi sullo stato e sulla capacità personale, e da tutti gli scrittori sono considerate in questo modo. Ma se noi ci domandiamo fra chi sorgano le relazioni giuridiche di stato e di capacità che le leggi desumono da quelle anormali condizioni, noi scorgiamo appunto che esse intercedono fra l'individuo e l'intiera società, sono cioè, come dicemmo poc'anzi, modificazioni della relazione personale di cittadinanza. Imperocchè egli è chiaro che l'obbligo della pena intercede propriamente fra il cittadino e tutta quanta la società, e che le limitazioni della capacità giuridica, sia del delinquente condannato, sia del minorenne, sia dell'interdetto, influiscono sul contegno di queste persone verso tutte le altre che possono avere rapporti giuridici con esse.

Le relazioni giuridiche personali sono *durevoli* per loro

Digitized by Google

natura, mentre le altre relazioni giuridiche, cioè quelle d'indole economica, sono per la massima parte di passeggiera durata, e se queste, a differenza di quelle, non trascendono la vita di determinati individui, ciò non accade, se non perchè i superstiti in cui esse passano, reputansi formare una sola persona coi loro predecessori. Ma siffatti caratteri distintivi delle relazioni giuridiche in discorso sono piuttosto esteriori; considerate nella loro essenza, esse presentano una ben più importante differenza.

Le relazioni di stato personale, a differenza da tutte le altre, sono regolate dalla legge con norme tutte quante *imperative*, e rimangono sempre sotto il potere delle leggi. Imperocchè esse hanno sostanza etica, costituiscono la base e il più vitale tessuto del sociale organismo, il quale è condizione per la esistenza civile degli individui, e non può quindi in quella più essenziale sua parte nè essere lasciato in balìa del privato arbitrio, nè trovare nei privati interessi un ostacolo al suo svolgersi e trasformarsi. Sono bensì anche le relazioni di stato personale, nel massimo loro numero, opera della volontà degli individui, ma non nel senso e coll'effetto che questi possano applicare a sè medesimi le relative leggi con quella libertà di deroghe e di modificazioni, che è lecita e usitata rispetto alle leggi puramente *dispositive*, bensì sottomettendosi puntualmente ad ogni e qualunque precetto o divieto. Emanino poi direttamente dalla legge senza il concorso di fatti volontari, oppure questa seconda ipotesi si avveri, le relazioni e i diritti di stato personale possono sempre venire modificate dal legislatore, come egli crede più confacente, negli effetti e nelle conseguenze loro, secondo le esigenze etico-sociali da cui le relazioni medesime trassero origine, e che sostanzialmente le informano, e sarebbe assurdo il pensare altrimenti.

Sono queste premesse fondamentali della trattazione del diritto transitorio personale, già da noi poste in sodo nella Parte

Digitized by Google

Generale di quest'opera, dove (p. 209) dicemmo altresì che le leggi di stato personale, al pari di quelle concernenti le cose materiali considerate come oggetti possibili di diritti patrimoniali reali, sono di loro natura *elementari* e *fondamentali* come gli oggetti su cui cadono, epperò, a differenza dalle altre leggi concernenti le relazioni giuridiche patrimoniali, non possono trovare ostacolo alla immediata applicazione loro in diritti quesiti individuali, nello stesso senso e modo in cui lo trovano quelle altre leggi.

Quale poi sia propriamente la differenza fra l'applicazione delle leggi personali, e quella delle leggi patrimoniali dal punto di vista del diritto degli individui, è il vero e proprio assunto del presente studio. Se cioè le fondamentali premesse del diritto transitorio personale sono quelle dianzi accennate, in esse risiede in pari tempo la difficoltà di quello studio. Imperocchè ella è pur cosa evidente che, per quanto in tali materie il diritto della società sia poziore di quello degli individui, non può tuttavia ammettersi che il legislatore possa manomettere e sovvertire, come e quando egli voglia, quella condizione personale che i cittadini si sono costituiti sotto l'egida delle leggi esistenti. Un diritto quesito devesi pure ammettere nelle materie personali, per quanto le leggi che governano queste siano differenti, per indole, dalle leggi patrimoniali, ma non si scorge del pari a prima giunta quale sia il vero contenuto e quali siano gli esatti confini di un tale diritto, onde conciliarlo col carattere assoluto o imperativo, e colla immediata applicazione delle leggi di stato personale.

Continuando ad avvertire i generali caratteri propri delle relazioni di stato personale, notiamo che i diritti e i doveri a cui esse danno origine, benchè siano distribuiti e collegati in modo da produrre un tutto ordinato ed armonico, non sono però sempre esattamente corrispettivi fra loro, nè si svolgono

Digitized by Google

sempre dallo stato personale da cui emanano, come vere e proprie conseguenze di questo, secondo il proprio significato che noi già dicemmo doversi attribuire alla parola *conseguenza* nella giurisprudenza transitoria. La cagione della loro connessione consistendo tutta nel concetto dell'ordine sociale e morale che per essi viene effettuato, la necessità logica vi domina meno che nelle relazioni patrimoniali, e quindi anche meno facilmente vi trovano applicazione quei concetti di razionale *svolgimento* e *trasformazione* che tanta parte già vedemmo avere nella dottrina del diritto quesito patrimoniale (v. Vol. I, pag. 273), e cogli effetti ivi additati. Il qual riflesso consuona e coincide con ciò che già poc'anzi in generale dicevamo circa i ben diversi caratteri del diritto quesito nel giure personale e nel giure patrimoniale. Così per es. il diritto che ha il cittadino di concorrere alle pubbliche cariche, alle quali abbia la idoneità prescritta dalle leggi, non è certamente il corrispettivo del dovere che egli ha di pagare le imposte, quand'anche il pagamento di una data somma d'imposta sia la condizione di quel diritto; bensì l'ordine sociale e la giustizia esigono che vi siano imposte, e che i cittadini i quali ne paghino una certa quantità, abbiano certi diritti politici. Lo stesso diritto poi che al cittadino compete di concorrere alle pubbliche cariche, benchè si possa dire in lato senso una conseguenza di tale qualità, non è però conseguenza così logicamente e necessariamente connessa col concetto di cittadinanza, che questo concetto e il carattere di cittadino vengano alterati, ove le condizioni dalle quali dipende l'idoneità a quelle cariche non rimangano per chiunque ha rivestito quel carattere quali erano determinate dalla legge allora vigente. Imperocchè non da astratti concetti, e in via razionale, ma dall'utile reale della società sono desunte quelle condizioni, e chiunque diventa cittadino sa che le esigenze dello Stato verso di lui possono coll'andar del tempo mutarsi. Così pure il diritto che ha il marito di auto-

Digitized by Google

rizzare certi atti giuridici della moglie, non è certamente il corrispettivo del dovere che gl'incumbe di prestare alla moglie i mezzi di sussistenza, ma quel diritto e questo dovere hanno contemporaneamente la loro origine e la loro ragione nel concetto dell'ordine famigliare. Il diritto poi che ha il marito di domandare la separazione per adulterio della moglie, benchè sia una conseguenza dello stato coniugale e della qualità di marito, non è però logicamente e necessariamente connesso con tale stato, sicchè questo si debba ritenere alterato e menomato, ove quel diritto non sia più ammesso a vantaggio di un marito che diventò tale quando vigeva quella legge, e che ora si troverebbe sventuratamente nel caso di prevalersene. Imperocchè i diritti personali dei coniugi non sono già desunti dal concetto astratto di matrimonio, di marito o di moglie, ma dalle esigenze della morale pubblica e privata, le quali sono suscettibili di più o meno perfette, e quindi varie interpretazioni.

È pure carattere proprio e distintivo delle relazioni giuridiche personali il loro contenuto. Questo è sempre di una o dell'altra delle due specie seguenti. O consiste: *a*) nel *dovere* di *agire o di non agire in un dato modo* in confronto o di altri cittadini, o di altri membri della famiglia, oppure di *fare certe prestazioni* allo Stato o ad altri membri della famiglia, sia di personali servizi, sia di altra utilità, a ragione soltanto della qualità personale di cittadino o di membro della famiglia; oppure consiste *b*) nel *diritto di agire o di non agire in un dato modo* in confronto di altri cittadini, o di altri membri della famiglia. Della prima specie di effetti ci porgono esempio tutti gli speciali doveri dei magistrati, l'obbligo del minorenne di non fare certi atti giuridici che le leggi non gli permettono, l'obbligo della moglie di non fare certi atti giuridici determinati dalla legge, senza l'autorizzazione del marito, l'obbligo di tutti i cittadini al servizio militare, e l'obbligo del padre di

Digitized by Google

alimentare la prole. Della seconda specie di effetti ci porgono esempio: il diritto che ogni cittadino ha di concorrere alle pubbliche cariche, e di porre in essere tutti quei rapporti giuridici che le leggi dello Stato riconoscono; il diritto del marito di essere capo della famiglia; il diritto di chi ha la patria podestà di non dare cauzione a motivo dell'usufrutto legale sui beni dei figli. Vuolsi poi notare che talvolta a certi diritti di stato personale, consistenti in dati modi di agire in confronto altrui, e specialmente di altri membri della famiglia, vanno congiunti diritti patrimoniali sui beni di tali persone. Così per es. al diritto di patria podestà va congiunto l'usufrutto legale sul patrimonio del figlio. Codesti diritti patrimoniali però, siccome fu già da noi precedentemente osservato (v. Vol. I, pag. 272), essendo strettamente connessi coi diritti personali che ne sono causa, partecipano della sorte di questi, come l'accessorio segue il principale.

Le relazioni di stato personale, in quanto attribuiscono *diritti o doveri di agire o di non agire* in un dato modo, conferiscono in sostanza una capacità giuridica, oppure la limitano, e in generale influiscono sulla capacità giuridica delle persone. Per questo motivo le relazioni medesime soglionsi anche dire *relazioni di stato e di capacità* fra le persone. Codesta personale capacità dalla relazione di cittadinanza è conferita in confronto di tutti gli altri uomini, e dalla relazione di famiglia è conferita invece in confronto di determinate persone. Ed altra è *capacità* di *possedere* un diritto, come osservano i giureconsulti tedeschi (*rechtsfähigkeit*), altra è *capacità di esercitare* un diritto (*handlungsfähigkeit*). L'una e l'altra sono una determinata misura di potere, una data quantità di indipendenza o autonomia individuale, oppure di dipendenza dalla volontà altrui, che può essere volontà di un pubblico ufficiale, oppure volontà di un'altra persona privata, alla cui autorità taluno è sottoposto.

Digitized by Google

Differiscono però i giureconsulti tedeschi dai francesi nel modo di intendere il rapporto fra lo stato personale e la capacità. Per la maggior parte dei primi l'espressione stato personale (*Zustand der Person an sich*) non è contrapposta a quella di capacità, come se i due concetti fossero separati, ma comprende invece tutte quante le relazioni personali che intercedono fra gl'individui a cagione di certe personali qualità che essi rivestono, sia di fronte all'intiera società, sia di fronte alla famiglia (1). Pei secondi invece lo stato personale si risolve in quelle durevoli qualità giuridiche delle persone, dalle quali provengono le relazioni personali utili alle medesime. Dice il Grandmanche de Beaulieu (p. 40): « lo stato della persona è l'insieme delle qualità che ha la persona nella società e nella famiglia, e alle quali la legge congiunge il *godimento* di certi diritti, o di certi doveri; la capacità personale è qualunque qualità personale, influente sull'*esercizio* dei diritti »; e poi lo stesso autore soggiunge (*ib.*): « la capacità è l'insieme delle condizioni di età, di sesso, di fisico e intellettuale svolgimento, di sanità, alle quali la legge connette l'*esercizio* più o meno esteso, secondo i casi, dei diritti che essa ha già attribuiti in virtù dello stato personale ». In conseguenza di queste premesse i giureconsulti francesi propendono in generale a considerare lo stato personale come un diritto, cioè come una condizione giuridica vantaggiosa, mentre collocano nella categoria

(1) Il Savigny (vedi pag. 414,493) ed altri dopo di lui, fra i quali l'Unger (p. 130, 139), distinguono il diritto concernente lo stato personale, e il diritto famigliare. Questa distinzione ci pare più filosofica che giurisprudenziale, sembrandoci affatto arbitrario il non considerare stato personale il matrimonio, la patria podestà, la tutela, l'emancipazione, come appunto non le considera il Savigny. Infatti egli si trovò poi costretto a suddistinguere gli argomenti del diritto famigliare in quelli che propriamente appartengono a questa parte del gius transitorio, e in quelli che spettano piuttosto al diritto transitorio personale. Così per es., parlando del matrimonio, egli osserva (pag. 495) che l'autorizzazione maritale fa parte del discorso intorno allo stato delle persone.

Digitized by Google

delle semplici capacità, qualunque situazione personale, la quale tragga seco la diminuzione di certi diritti, cioè doveri piuttosto che diritti. Codesto pensiero è stato anche esplicitamente formulato dal Theodosiades (pag. 66) (1).

Evidentemente il significato che noi abbiamo dato alle espressioni in discorso non coincide nè coll'uno, nè coll'altro dei due riferiti dianzi, ma si tiene in certo modo nel mezzo fra ambedue. Anche per noi, come pei giureconsulti francesi, lo stato personale è la base delle relazioni personali, e risiede propriamente nelle durevoli qualità di cittadino e di membro di una famiglia, dalle quali hanno origine tali relazioni. Ma noi non conveniamo coi giureconsulti francesi nel modo in cui essi distinguono lo stato dalla capacità personale. Per noi la capacità personale non è che uno degli effetti dello stato personale, attesochè questo o attribuisce diritti, o impone doveri di agire o di non agire in date maniere. Quelle condizioni di età, di sanità, ed altre, dalle quali i giureconsulti francesi fanno provenire le relazioni di capacità, distinte da quelle di stato personale, siccome danno origine in realtà a relazioni personali fra il singolo cittadino e tutta la rimanente società, così vengono ad essere mere modificazioni dello stato personale di cittadinanza. In questa maniera noi siamo condotti eziandio a condannare il preteso carattere di diritto utile che quei giureconsulti attribuiscono allo stato personale. Non è invero arbitraria asserzione il negare che sia vero stato personale quello del condannato ad una pena qualunque, quello del minorenne mentecatto, perchè la condizione giuridica di costoro è svantaggiosa, nel senso che la legge si propose di limitare i loro diritti, piuttosto che di accrescerli?

(1) « L'état des personnes constitue un droit acquis, une propriété qui doit être aussi assurée que les autres propriétés ».

Digitized by Google

CAPITOLO II.

Della retroattività delle leggi concernenti lo stato e la capacità delle persone.

Che le leggi concernenti lo stato e la capacità delle persone debbano, come già dicemmo (v. sopra p. 5, 6), applicarsi immediatamente a tutte le persone che si trovano nelle condizioni contemplate da esse leggi, e non soltanto a quelle che entreranno in tali condizioni in avvenire, è pure canone accettato universalmente dai giureconsulti. In tal senso, e non altro, quelle leggi si possono anche dire, e sogliono infatti venir chiamate, e noi pure le chiameremo *retroattive.* Veggansi in conferma di queste asserzioni: Merlin (*Rép.* v° *Eff. rétr.* c., pag. 223 e segg.), Chabot de l'Allier (1, pag. 39 e *pass.*), Weber (pag. 79), Meyer (pag. 20, 24, 30, 46), Bergmann (pag. 112), Herrestorff (pag. 199), Spangenberg (ap. Struve, pag. 179), Georgii (pag. 161), Mailher de Chassat (1, 205), Duvergier (sur Toullier, p. 11, e segg.), Demolombe (n. 45), Marcadé (n. 46), Dalloz (l. c., n. 208), Duranton (n. 50), Pinto (pag. 136), Savigny (pag. 414), Unger (pag. 130), Schmid (pag. 121), Wächter (2, pag. 183), Christiansen (p. 29, 30), Lassalle (p. 76, 371 e segg.), Grandmanche de Beaulieu (p. 44), Theodosiades (p. 64, 66 e segg.), Rintelen (pag. 33). Un solo scrittore, che noi sappiamo, e questi è lo Schaaf (pag. 425 e segg.), nega quel principio, e propugna una differente dottrina, della quale noi terremo conto più sotto. Alcuni però, fra i quali il Grandmanche de Beaulieu e il Theodosiades, ammettono la retroattività delle leggi concernenti la capacità personale, e la negano per quelle che concernono lo stato delle persone, corrispondentemente alla distinzione che essi fanno tra stato e capacità, e che noi abbiamo riferita più

Digitized by Google

sopra (v. p. 9). — Come gli scrittori, così pure sono i tribunali concordi nel riconoscere la retroattività delle leggi di stato e di capacità personale, cioè la immediata applicazione loro a tutte le persone esistenti. Vedi Cassazione di Parigi, 6 giugno 1810, 12 giugno 1815 (1), e le seguenti decisioni italiane: Tribunale di Castiglione delle Stiviere, 11 aprile 1874 (2); Cassaz. di Firenze, 26 maggio 1873 (3); Cassaz. di Torino, 23 dicembre 1875 (4); Corte di appello di Firenze, 2 marzo 1866 (5); Cassazione di Torino, 30 giugno 1870 (6); Cassazione di Firenze, 15 marzo 1875 (7); Cassazione di Torino, 7 febbraio 1872 (8), e 28 agosto 1868 (9); Corte d'appello di Torino, 3 marzo 1868 (10); Cassaz. di Torino, 5 febbraio 1880 (11), e 23 gennaio 1880 (12), Corte d'appello di Venezia, 23 marzo 1880) (13). — Fra le legislazioni positive, la maggior parte, anzichè formulare astrattamente il suesposto principio, lo applicano a casi speciali, ogniqualvolta non vi si oppongano ragioni di pratica e pubblica utilità, che i legislatori hanno certamente il diritto, ed anzi il dovere di apprezzare forse più nelle materie transitorie che in altre. Alcune legislazioni però contengono anche massime generali intorno a questa parte del gius transitorio, e fra le altre voglionsi qui citare la legge transitoria di Brema del 1814 (§ 5, 6, Vol. I, p. 87), quella dell'Oldemburgo dello stesso anno (§ 25, *ib.*, p. 90), e il Progetto di Codice civile dei Paesi Bassi del 1820 (art. 32) (14).

(1) Ap. MERLIN, pag. 223.
(2) M. T., XV, 969.
(3) A. G., VII, 1, 269.
(4) G. I., XXVIII, 1, 295
(5) A. G., III, 2, 66.
(6) *Gazzetta dei Tribunali* di Genova, XXII, II, 399.
(7) A. G., IX, 1, 212.
(8) G. IX, 275.
(9) Ib., VI, 17.
(10) Ib., V, 410.
(11) F. I., 1880.
(12) G., I. 1880.
(13) Ib.
(14) « L'état des personnes et des choses est jugé d'après la loi présente » (v. PINTO, pag. 139).

Digitized by Google

Del pari è generalmente ammesso dai giureconsulti l'altro principio, da noi pure già avvertito in generale (v. sopra p. 6), a complemento del precedente, che anche in materia di stato e di capacità personale vi sono e vi devono essere diritti acquisiti. Si possono consultare in proposito, fra gli altri il Grandmanche de Beaulieu (l. c.), il Theodosiades (l. c.), il Georgii (l. c.), il Merlin (l. c.), il Pinto (l. c.), e il Lassalle (pag. 307), i quali tutti ne traggono poi l'illazione, che un dato grado di capacità personale, acquistato in conformità alla legge, non può più essere tolto da una legge posteriore. Ed anche la Corte di Cassazione di Parigi dichiarò pure in una sentenza del 20 maggio 1806 (1): « le leggi che regolano e modificano lo stato delle persone, migliorando la loro condizione, devono, per la stessa natura delle cose, e pel favore dovuto allo stato delle persone, applicarsi immediatamente dopo la loro promulgazione ». Di questo canone il valore razionale noi indagheremo più sotto.

Noi vogliamo ora riprendere in considerazione le due suesposte proposizioni, che cioè le leggi sullo stato e sulla capacità personale hanno effetto retroattivo, e che nondimeno illimitata non può essere l'azione retroattiva delle leggi personali, che cioè anche diritti quesiti personali ci devono pure essere, inviolabili da qualunque legge nuova.

Sembra sulle prime che non vi sia reale differenza fra i limiti di tempo nell'applicazione di nuove leggi intorno allo stato ed alla capacità delle persone, e quelli dell'applicazione di qualunque altra legge. Noi abbiamo infatti già posto come principio fondamentale del gius transitorio (v. Vol. I, *Introd.*) che tutte quante le leggi si applicano retroattivamente, purchè non si ledano veri e propri diritti acquisiti, sicchè la così detta applicazione retroattiva della legge personale, salvi i diritti

(2) Ap. Merlin, l. c., pag. 223.

Digitized by Google

acquisiti personali, sembra corrispondere appieno all'applicazione retroattiva della legge contrattuale in tutti quei punti nei quali non si offendono diritti acquisiti contrattuali. Ma chi ben rifletta, l'apparente analogia fra l'applicazione retroattiva delle leggi sullo stato personale, e quella di altre leggi, è meramente formale, ed una reale differenza intercede fra l'una e l'altra, per ciò che il concetto del diritto acquisito ha una estensione assai minore nel campo del gius personale, di quello che in altre parti del diritto, e per esempio nel diritto contrattuale. Invero, *quando si afferma la retroattività delle leggi sullo stato e sulla capacità personale, si ha principalmente di mira quell'efficacia di esse leggi che consiste nel far si che una persona, la quale, in virtù del suo stato, aveva un certo diritto in confronto di altre o di un'altra, non lo abbia più d'ora innanzi, pur rimanendo in quello stato, o che una persona, la quale, al verificarsi di certe contingenze, avrebbe potuto agire in un dato modo in confronto di altre o di un'altra, non lo possa più d'ora innanzi, se di quella facoltà non ha già fatto uso.* Così, per esempio, abolito l'usufrutto legale paterno, codesto diritto deve cessare, come in seguito dimostreremo, anche in chi ne fosse precedentemente investito, a meno che la legge, per ragioni di equità, non ordini espressamente il contrario; ed abolito il divorzio, non si possono più sciogliere in questo modo, come pur vedremo in seguito, neppure i matrimoni conchiusi precedentemente. Esempi codesti, ed altri molti consimili, i quali si collegano con ciò che noi dicemmo poco sopra circa il ben diverso carattere dei così detti effetti o conseguenze nel diritto personale e nel diritto patrimoniale (v. sopra pag. 7). Gli effetti invero e le conseguenze nascenti dai diritti patrimoniali, sono generalmente diritti quesiti esse pure, come quelli da cui provengono, e in virtù di quelli, e nello stesso tempo di quelli, siccome è stato già da noi dimostrato nella Parte Generale (vedi

Digitized by Google

Vol. I, p. 271 e segg.). Conseguentemente il concetto del diritto acquisito ha un campo molto più esteso nel diritto contrattuale che nel diritto personale, e corrispondentemente la retroattività od applicazione immediata ha un ben diverso significato concreto secondo che si applichi alle leggi di diritto personale, oppure alle leggi di diritto patrimoniale.

Vuolsi qui del resto subito osservare che, oltre all'avere effetto retroattivo sui diritti nascenti da una condizione giuridica personale anteriormente attribuita, il quale effetto, come dicemmo sopra, è ciò a cui principalmente si pensa da chi afferma la retroattività delle nuove leggi sullo stato e sulla capacità delle persone, *queste leggi fanno pur cessare immediatamente qualunque stato personale svantaggioso che esse più non ammettono*. Imperocchè, anche prima di avere precisato il concetto del diritto quesito in materia personale, ognuno facilmente scorge che quell'effetto di una nuova legge di tal genere, mentre è voluto dalla naturale retroattività delle leggi personali, non può essere contrastato dal diritto quesito di nessuno. Imperocchè non è diritto, ma onere, una svantaggiosa condizione personale in chi vi si ritrova, nè terze persone, che per avventura ne ritraggano vantaggio, possono accampare diritti a che la medesima continui, essendo le leggi personali, come già dicemmo, suggerite da riguardi di morale e pubblica convenienza piuttosto che da riguardi al comodo individuale di nessuna privata persona.

Ma prima di farci a determinare ancor più da vicino il contenuto e i limiti concreti del diritto acquisito nelle materie di stato e di capacità personale, ci pare utile soffermarci alquanto intorno all'opinione dello Schaaf, unico oppositore, che noi sappiamo, del principio che le leggi intorno allo stato ed alla condizione personale sono retroattive. Siffatta opinione non offre soltanto interesse per la sua connessione colla dottrina fondamentale di quello scrittore intorno alla retroattività delle leggi, ma

Digitized by Google

eziandio, e principalmente, perchè il suo autore pretende basarla sul Diritto Romano, sicchè, ove non la si esamini accuratamente, essa può suscitare intorno ad un principio universalmente ricevuto, dubbii tanto gravi, quanta è l'autorità del Romano Diritto.

CAPITOLO III.

La retroattività delle leggi concernenti lo stato e la capacità personale, e il Diritto Romano.

Secondo lo Schaaf (pag. 425 e seg.) le leggi sullo stato e sulla capacità personale agiscono talvolta immediatamente, talvolta in un avvenire più o meno lontano « secondo le circostanze ». Se un dato stato personale, egli dice, si riferisce ad un ordine di cose che è in totale contraddizione colle nuove idee giuridiche, le nuove leggi che esprimono queste idee agiranno su di esso immediatamente; se invece le nuove idee giuridiche e le nuove leggi non fanno che modificare rispetto a quello stato l'ordine di cose a cui esso si connette, lo stato medesimo potrà continuare a sussistere. Imperocchè, egli continua col linguaggio del Savigny, nell'un caso le nuove leggi concernono propriamente l'essere dei diritti, nell'altro invece l'acquisto dei medesimi. Codesta speciale dottrina di Schaaf non è che una particolare applicazione di quella sua fondamentale (pag. 359) che la retroattività delle leggi e i limiti della medesima non si possono assegnare con principii generali, ma si devono di caso in caso determinare, avuto riguardo ai veri e speciali *motivi* di ogni singola legge, cioè agli scopi che il legislatore realmente si propose. Noi non staremo ad apprezzare codesta generale dottrina, la quale non è altro in sostanza che una differente enunciazione di quella di Bergmann, già da noi esaminata (vedi sopra Vol, I, p. 48 e segg.); piuttosto apprezzeremo gli argo-

Digitized by Google

menti che lo Schaaf pretende desumere dal Diritto Romano, in relazione al diritto personale.

Opina lo Schaaf che le disposizioni transitorie contenute nella Nov. 54, c. I, nella L. un., § 13, C. *de lat. libert. toll.*, nel c. I, Nov. 76, contraddicano al principio della retroattività delle leggi sullo stato personale, e si spieghino invece ricorrendo alla ragione di quelle leggi.

Nel primo dei citati luoghi, Giustiniano, dopo avere abolito lo stato personale detto *libertas latina*, il quale stato, fra le altre cose, attribuiva all'antico padrone il diritto di succedere al liberto, dichiara che l'abolizione non si applichi alle persone attualmente viventi nella condizione di latinità, e rimanga ai patroni di esse il diritto di ripeterne i beni in conformità delle leggi anteriori (1). La ragione di questa disposizione è secondo Schaaf (p. 359) la seguente. L'abolizione della libertà latina non era la conseguenza dell'abolizione della schiavitù, ma soltanto l'abolizione dei diritti dei padroni di schiavi nel caso di certe manomissioni; non vi era quindi bisogno di far cessare immediatamente ogni vestigio di quella condizione personale, come vi sarebbe stato, se fosse stata tolta di mezzo la stessa istituzione fondamentale, d'onde la libertà latina era provenuta, cioè la schiavitù. — Nel secondo luogo citato, Giustiniano dopo avere statuito il principio generale che la prole nata da un servo e da una donna libera segue la condizione della madre, soggiunge che tal legge debba applicarsi però soltanto a coloro che nasceranno in avvenire, non alle persone già nate al momento della sua promulgazione (2). Anche questa legge, dice lo Schaaf

(1) *Si quidem liberti jam mortui sunt, et bona eorum quasi Latinorum his, quorum intererat, aggregata sunt, vel adhuc vivunt, nihil ex hac lege innovetur, sed maneant apud eos jure antiquo firmiter detenta et vindicanda. In futuris autem libertis praesens constitutio locum sibi vindicet.*

(2) (Cap. 1) *Sancimus, ut omnes, qui nati sunt a tempore legis, iique soli, ab abscriptitia conditione liberi sint, si quidem ex liberis mulieribus nati fuerint; omne vero, quod praeteriit, antiquae legi servetur.*

Digitized by Google

(p. 426), è inconciliabile col principio della retroattività delle leggi sulla condizione personale, e ciò nondimeno essa è da commendarsi, attesochè non miri a introdurre una importante mutazione nello stato personale, una radicale innovazione nei principii che regolano la condizione servile, ma soltanto a togliere di mezzo la ripugnanza che donne libere potevano avere ad un matrimonio con uomini non liberi, e il pericolo che figli di una donna libera, e non liberi del pari, venissero trascurati dalla madre loro, continuando del resto a sussistere l'istituto della schiavitù e la trasmissione ereditaria di questa. — Nel terzo luogo citato Giustiniano decide negativamente la quistione se il principio stabilito nella Nov. 5, cap. 5, che cioè l'entrare in un monastero faccia perdere la proprietà dei beni anteriormente posseduti, e la trasferisca nella corporazione, si dovesse applicare anche ai monaci professi prima dell'applicazione di quella Novella. L'imperatore giustifica la sua decisione col dire: *si quis, nulla ejusmodi lege lata, monasterium ingressus sit, qui fieri poterit, ut ordo legis invertatur, atque ab illis exigatur, qui antea monasterium ingressi sunt, ut illa faciant quae, prius ignorata, divina nostra constitutione innovata sunt?* — Tali sono le leggi romane che lo Schaaf contrappone alle altre, che hanno dato efficacia retroattiva a nuove leggi sullo stato personale, e delle quali noi ragioneremo in seguito; lo Schaaf ne conchiude che nel Diritto Romano la retroattività delle leggi concernenti lo stato personale è tutt'altro che un principio riconosciuto.

Noi non possiamo accettare questa conchiusione. Anzitutto noi richiamiamo qui un riflesso che già più volte abbiamo avuto occasione di fare, che cioè talvolta i legislatori si scostano dal rigoroso diritto per ragioni di equità o di pubblica utilità. Non è certamente infondato il supporre che riguardi di questa natura abbiano suggerito a Giustiniano le prime due succitate disposizioni, e che tanto la prima quanto la seconda mirassero a risparmiare al padrone dello schiavo la perdita di

Digitized by Google

diritti che esso aveva inteso di conservare, concedendo allo schiavo una emancipazione imperfetta, o il matrimonio con una persona libera. Che del resto gl'interpreti del diritto al tempo di Giustiniano non propugnassero per la maggior parte le opinioni sanzionate in quelle disposizioni imperiali, ce lo prova il fatto medesimo della emanazione di queste, le quali nella contraria ipotesi sarebbero state superflue. Le giustificazioni che dà lo Schaaf delle due prime leggi da lui citate, non sono concludenti, perchè si fondano sull'arbitraria opinione che le riforme contenute nelle medesime non fossero, per così dire, abbastanza radicali, cosicchè al legislatore non potesse parere tanto urgente l'applicarle, da attribuire loro effetto retroattivo. Quale è il criterio per distinguere quelle mutazioni dello stato personale che sono tanto gravi da trar seco la retroattività, da quelle che tali non sono? Lo Schaaf non ce lo dice, e intanto altri può ben ritenere che qualunque nuova legge, la quale, al pari di quelle in discorso, faccia cessare totalmente uno stato personale qualunque, sia riforma importante ed urgente abbastanza per avere quell'effetto. Nè più concludente dell'argomento di Schaaf ci sembra quello con cui il Savigny vuol giustificare la disposizione transitoria (L. un., C. *de lat. libert. toll.*). Egli dice (p. 505) che questa legge concerne l'emancipazione, e la limitazione del patrimonio congiunta con essa, e perciò è giusta. Nessuno nega che la legge in discorso riguardi l'emancipazione, essa non la riguarda però onde prescrivere norme agli emancipanti, ma bensì per abolire (*latinam libertatem resecare*) uno stato personale proveniente da certe emancipazioni, è quindi, siccome convengono tutti i giureconsulti, da Bergmann (p. 96) in poi, una legge sullo stato personale, e non sui requisiti di un atto della umana volontà. Anche il Lassalle non ci sembra ragionar rettamente, quando per giustificare teoricamente la legge suddetta, osserva (pag. 373) che, essendo l'emancipazione un atto libero del padrone, gli effetti della medesima devono

Digitized by Google

rimaner sempre sottoposti alla legge del tempo in cui l'emancipazione venne fatta, ove non si voglia snaturare quell'atto. Se questa ragione stesse, tutte quante le condizioni personali che si svolgono in seguito ad un contratto, sarebbero intangibili, del qual principio ognuno vede quante applicazioni si potrebbero fare, e quanto lontane da principii universalmente ricevuti, per es. nella materia del matrimonio. Il vero si è che lo stato personale, essendo regolato dal legislatore secondo le esigenze sovrane dell'ordine morale e pubblico, può essere mutato senza riguardo a privati interessi, e quindi non tenendo conto di atti e contratti fra privati, dai quali non può mai nascere un vero e proprio diritto acquisito che li abbia per oggetto. Ma egli è anche vero che la immediata applicazione di ogni nuova legge di stato personale può venir sospesa o limitata dal legislatore per riguardi di equità e di pratica opportunità. E tale e non altra è a nostro credere la ragione dei due provvedimenti in questione dell'imperatore Giustiniano. Egli non ha voluto che i patroni e i domini di liberti o di schiavi risentissero troppo danno dalle due nuove leggi, epperò ha voluto conservare ai patroni il diritto di succedere ai liberti latini già esistenti, e ai domini il diritto sui già nati schiavi da padri schiavi e da donna libera.

Ci rimane a considerare la disposizione transitoria contenuta nella Nov. 76, c. I. Ciò che l'imperatore statuisce in questa Novella, non ha che fare col diritto personale, e quindi non presta alcun appoggio alla dottrina dello Schaaf. La Novella 76, come pure la Nov. 5, la cui applicazione è regolata dalla prima, anzichè il diritto personale, concernono il diritto patrimoniale, cioè la devoluzione dei beni del monaco al monastero, nel caso in cui quegli non abbia disposto altrimenti prima di professare (1). Che ora i beni dei monaci già professi non debbano in virtù della

(1) Nel cap. v della Novella v si legge: *illud quoque decernimus, ut is, qui monasterium vult ingredi, ante quam in monasterium venerit pote-*

Digitized by Google

Novella 5 reputarsi proprietà del monastero per la sola ragione che quei monaci non ne abbiano altrimenti disposto, mentre dalle precedenti leggi non erano obbligati a ciò fare onde scansare quell'effetto, è non soltanto conforme al buon senso, ma anche pienamente conforme ai fondamentali principii del diritto transitorio. Gli è appunto ciò che dice Giustiniano medesimo nelle parole riferite sopra. Gli è ciò che riflette ottimamente lo stesso Schaaf (p. 308): « siccome la perdita della proprietà consideravasi da Giustiniano come tacitamente consentita dal monaco, non potevasi di certo un tale consenso attribuire a chi, essendo entrato nel monastero prima della emanazione della Novella 5, non aveva in nessuna maniera potuto pensare a quella perdita » (1). È fondamentale canone della dottrina transitoria che il trapasso dei diritti si regoli sempre secondo la legge vigente nel tempo in cui accadde il fatto che vi ha dato occasione. Nè poteva quindi, prima della Novella 5, l'ingresso di un monaco nel monastero, senza aver disposto altrimenti dei beni suoi propri, operare la traslazione di questi beni al monastero, perchè la legge allora vigente non attribuiva a tali circostanze un tale effetto.

Che se nulla provano contro la retroattività o applicazione immediata delle leggi personali i passi del Diritto Romano addotti dallo Schaaf, non mancano invece passi di quel Diritto, i quali indubbiamente suffragano quella tesi, certissima nella scienza.

Così per esempio la L. 42, § 2, C. *de episc. et cler.* applica tanto ai vescovi attuali quanto ai futuri, e tanto rispetto alle

statem habeat rebus suis eo quo velit modo utendi. Illum enim ingredientem res omnino sequentur, quamquam se eas inferre non expresse dixerit, neque ullo modo earum dominus amplius erit.

(1) Anche il Bergmann afferma (p. 120) che, non accettando l'opinione sancita da Giustiniano, coloro i quali fossero entrati in un monastero prima della emanazione della Novella v, verrebbero ad essere trattati come se loro intenzione fosse stata quella di trasferire il loro patrimonio al monastero.

Digitized by Google

cose dai primi già acquistate, quanto rispetto a quelle che i medesimi acquisteranno in avvenire, il divieto fatto ai vescovi in generale di donare e di legare ciò che abbiano acquistato dopo l'ordinazione (1). Così pure la L. 53 dello stesso titolo del C. *de episc. et cler.* applica a tutti i curiali l'abolizione della capacità, che prima spettava a questa classe di persone, di conseguire l'episcopato (2). E la Nov. 81 (3) applica del pari retroattivamente la disposizione in essa contenuta che i figli di famiglia vengano emancipati mediante il conseguimento per grazia imperiale di certe cariche e dignità, ordinando l'imperatore che non soltanto escano dalla patria podestà quei figli di famiglia ai quali tali onori verranno in seguito conferiti, ma cessino eziandio di essere sottoposti alla patria podestà quei figli che già li avessero conseguiti. Similmente la Novella 19 (4) dichiara che la legittimazione per susseguente matrimonio si applica anche ai figli illegittimi nati prima della introduzione di questa istituzione. Secondo il Lassalle poi (pagg. 377, 378) l'ispezione del testo greco della Novella 5, e della Nov. 123 persuaderebbe eziandio che la liberazione accordata allo schiavo nel cap. 17 della prima, ove lo schiavo siasi fatto monaco, e nel capo 1° della seconda, ove lo schiavo faccia parte del clero, si dovesse applicare

(1) A torto il Bergmann (pag. 121, nota) afferma che la L. 42, § 2, C. *de episc. et cler.* è eccezionale, mentre il capo 1 della Novella 76 è conforme ai veri principii. Sono invece entrambe giustissime e pienamente conformi ai principii; ma ciascuna nella propria sfera di principii. La prima concerne propriamente il diritto personale, la seconda no, come ho dimostrato sopra.

(2) *Quae omnia in futurum volumus tempus, quoniam nunc primum a nobis inventa sunt; non pertinente ullo modo hac lege, ut diximus, ad eos qui semel tali dignitate sacerdotali decorati sunt.*

(3) *Sive parentes superstites, sive mortui fuerint, quaestiones vero illac aut sententia aut transactione finem nondum acceperint, omnino ita dijudicandas esse ut nostra lex dixit.*

(4) *Sive quis nunc in potestate aliena sit, qui hisce honoribus aut magistratibus quos antea enumeravimus fruitur, sive postea futurus sit, etiam hunc sequatur jus suae potestatis.*

Digitized by Google

non solo ai casi futuri, ma eziandio ai già avvenuti, cioè agli schiavi che già fossero diventati monaci o preti prima dell'attuazione di quelle leggi.

CAPITOLO IV.

Concetto del diritto acquisito nelle materie di stato personale.

Che nelle materie di stato personale vi siano e vi debbano essere diritti acquisiti, quantunque per regola generale le leggi su tali materie abbiano effetto retroattivo, tutti gli scrittori convengono, ma quali siano i caratteri e i confini di tali diritti non convengono del pari. È questa veramente quistione fondamentale del gius transitorio personale, e noi veniamo ora a discuterla.

Tutti gli scrittori ammettono che, *abolita una capacità personale qualunque, l'applicazione retroattiva di questa legge non può togliere validità nè efficacia agli atti e negozi giuridici posti in essere precedentemente in virtù di quella capacità.* Per verità questo principio non ha bisogno di essere dimostrato rispetto agli atti e negozi compiuti e finiti, ove si richiamino le cose da noi dette intorno alla retroattività impossibile (v. Vol. I, pag. 34). Non si accordano però tutti gli scrittori nell'applicare tale principio a quei rapporti giuridici, i quali, essendo stati posti in essere in virtù di una capacità abolita, sono per loro natura durevoli anche dopo questa abolizione. Il Merlin, per es. (pag. 225), opina che non sarebbe lesiva di alcun diritto acquisito una legge la quale obbligasse i forestieri a vendere le loro proprietà immobiliari acquistate nello Stato, e il Weber (pag. 84) è d'avviso che se una legge accordasse ad una corporazione artigiana il diritto esclusivo di esercitare una certa industria in un dato luogo, non potrebbero più continuare il

Digitized by Google

libero esercizio di questa industria coloro che l'avessero esercitata fino al momento della attuazione di quella legge.

Noi non siamo dell'avviso di questi due scrittori, perchè non comprendiamo come mai la circostanza dell'essere un rapporto o negozio giuridico più o meno durevole di sua natura possa influire sul rispetto e sulla intangibilità di tutto ciò che è stato fatto e compiuto osservando la legge vigente. Opiniamo invece col Mailher de Chassat (1, p. 209) che la legge immaginata da Merlin sarebbe veramente lesiva del diritto acquisito di proprietà, e quindi non si potrebbe applicarla se non nei precisi termini in cui il legislatore ebbe a formularla. Se veramente il legislatore volesse obbligare i forestieri che già possedono beni immobili nello Stato, a vendere, dovrebbe dichiararlo, facendo una disposizione espressamente retroattiva. Similmente nell'ipotesi finta dal Weber noi crediamo che il diritto acquisito dei liberi industriali continuerebbe a sussistere, e così opinarono appunto il Leyser (ap. Weber, p. 34) e il suo commentatore Müller (ib.), in occasione di una disputa di tal genere, insorta a que' tempi in Germania, e dalla quale anche il Weber prese occasione per formulare quella sua tesi generale. La nostra opinione è pur divisa dal Wächter (pag. 176) e dal Bergmann (pag. 114 e 118), ed è conforme eziandio al § 7 della legge virtemberghese sui pubblici ufficiali (Wächter, ib., nota 22), dove è detto che, sebbene i capi di provincia non possano acquistare in essa beni stabili, pur nondimeno rimangono questi beni a quei capi di provincia che li avessero precedentemente e validamente acquistati. Anche nel Diritto Romano si trova applicato lo stesso principio. La L. 65, C. *de decurion.*, per esempio, deroga in parte alla L. 64 *eod.* sotto l'influenza appunto del principio in discorso. Invero, la L. 64 contiene una costituzione di Zenone, la quale toglie a tutti i Decurioni presenti e futuri l'esenzione che le leggi anteriori loro accordavano dai gravi oneri del loro stato, nel caso che avessero conseguite certe ca-

Digitized by Google

riche onorifiche, e la susseguente L. 65 contiene una costituzione di Anastasio, la quale deroga alla precedente a vantaggio di quei Decurioni i quali prima della costituzione di Zenone avessero conseguita una delle cariche anzidette.

La vera quistione però circa il diritto acquisito in materia di stato e di capacità personale ha propriamente per oggetto non i negozi compiuti prima della emanazione di una legge nuova, in virtù di una capacità prima riconosciuta, ma la possibilità di porne in essere dei nuovi, cioè la possibilità di conservare quella capacità posteriormente a tale emanazione. Su questo proposito furono propugnate, come già dicemmo, differenti dottrine.

Una dottrina che conta molti fautori, specialmente fra i giureconsulti francesi, è quella racchiusa in una sentenza della Cassazione di Parigi da noi citata superiormente (v. pag. 14), che cioè non si applichino retroattivamente quelle leggi sullo stato personale, le quali peggiorano la condizione delle persone. È quindi diritto acquisito, secondo la dottrina, quello di conservare una condizione personale qualunqne, più favorevole di una nuova, introdotta da una legge posteriore. Ma questa dottrina, a parer nostro, ha due gravi difetti; l'uno di non abbracciare tutti i casi, l'altro di non riposare su di un criterio ben determinato e di facile applicazione. Invero, si comprende benissimo che colui il quale si trova in uno stato personale essenzialmente vantaggioso, si creda in diritto di conservarlo di fronte a qualunque legge nuova, ma codesto diritto non può ragionevolmente accampare chi si trovi in uno stato personale che non gli venne costituito allo scopo di recargli un vantaggio e di accrescere il suo ben essere. Il prodigo, per esempio, potrebbe forse accampare un diritto acquisito per sottrarsi all'applicazione di una legge nuova, la quale rendesse più ristretti i suoi diritti, e per esempio sostituisse al suo curatore un tutore? No certamente; perchè se in questo caso il tutore peggiorerebbe

Digitized by Google

in un certo senso la condizione del prodigo, anche il curatore però non gli era stato assegnato dalla legge per fargli cosa gradita. La giurisprudenza infatti non ha mai esitato a ritenere che le nuove leggi sulla condizione del prodigo e delle altre persone sottoposte si debbano applicare retroattivamente, benchè in qualche caso sia stata incerta, come in seguito vedremo, nel determinare le modalità del cambiamento di condizione di taluna di quelle classi di persone. Rispetto poi alle condizioni personali essenzialmente vantaggiose, il dire che esse non possono trasformarsi in condizioni meno vantaggiose in virtù di una legge nuova, senza distinguere fra lo stato personale considerato nel suo generale concetto, e le singole conseguenze del medesimo, può condurre alla conchiusione che anche le nuove leggi le quali tolgono qualche diritto annesso ad un dato stato personale da una legge anteriore, non si possano applicare immediatamente, la quale opinione sarebbe certamente erronea, perchè diametralmente contraria alle retroattività delle leggi personali. Così per es., abolita la facoltà di divorziare, potrebbesi addurre la dottrina in discorso per sostenere, contro l'opinione universale, che tale abolizione non si applicasse ai matrimoni conchiusi sotto l'impero della legge precedente, considerando appunto la perdita di quella facoltà come una legge meno favorevole, come un peggioramento della precedente condizione dei coniugi.

Altri ha pensato, come pur si è veduto di sopra (v. p. 10-11), che diritto acquisito sia lo stato personale contrapposto alla capacità, la quale sola rimarrebbe quindi sottoposta all'azione immediata delle leggi nuove. Codesta dottrina, come in seguito vedremo, si accosta più delle altre alla verità, ma ha il difetto di riposare su di un concetto inesatto, perchè troppo ristretto, dello stato personale. Imperocchè, come noi abbiamo già osservato di sopra, lo stato personale non è sempre uno stato vantaggioso, se anche questo solo deve poter costituire un di-

Digitized by Google

ritto acquisito, e stato e capacità sono poi due concetti che non si possono separare e contrapporre, perchè lo stato non è in sostanza altra cosa che un complesso di capacità (v. sopra). In virtù di quest'ultima verità si comprende facilmente che la dottrina in discorso deve, nell'applicazione, cadere in contraddizione con sè stessa, allorquando una legge nuova accordi ad una classe di persone una capacità che esse prima non avevano a motivo della loro sottoposizione ad altre persone, lo stato e le attribuzioni delle quali escludevano nelle prime siffatta capacità; in ogni caso di questa specie il rispetto dello stato personale escluderebbe da una parte l'applicazione della legge nuova, mentre l'opposto principio professato rispetto alla semplice capacità la reclamerebbe invece dall'altra.

Lassalle ha proposto (p. 380 e seg.) una dottrina differente dalle precedenti, e che discende dal suo principio fondamentale da noi precedentemente riferito (v. Vol. I, p. 171). Secondo lui è diritto acquisito qualunque capacità giuridica, la quale sia stata conseguita mediante un atto di libera volontà. Vedremo in seguito qualche applicazione che il Lassalle medesimo desume da tale premessa. Per verità, se la dottrina lassalliana sullo stato personale fosse tutta racchiusa in quella generale proposizione, essa non sarebbe bensì abbastanza pratica, ma l'unica sua imperfezione teorica consisterebbe nella arbitraria restrizione dei fatti acquisitivi della capacità a quelli posti in essere dalla volontà umana (1). Ma il Lassalle trasforma affatto, o meglio distrugge quel suo generale principio, col sog-

(1) Non si dimentichi però che il Lassalle, come abbiamo già osservato (Vol. I, p. 176), scorge fatti acquisitivi volontari in molti casi nei quali sembrerebbe ad altri difficile il supporli. Nella materia dello stato in particolare, la dottrina del Lassalle conduce a ravvisare un diritto acquisito anche in uno stato che cominci nell'uomo colla nascita, imperocchè da quella che il Lassalle chiama *identità di persone e di volontà nel seno della famiglia* si può dedurre che il padre acquista pei figli lo stato che questi vengono ad avere colla nascita, cosicchè questo stato è in certo modo acquistato dai figli medesimi mediante una *geistige willensaction.*

Digitized by Google

giungere che le leggi sullo stato personale sono tutte quante retroattive senza limite nessuno, ove siano *assolute*, ove cioè escludano totalmente dal campo del diritto personale una qualunque facoltà componente lo stato delle persone. In questa maniera non sono più possibili diritti acquisiti di stato personale, e una dottrina immaginata dall'autore col proposito di combattere l'opinione dominante che le leggi sullo stato personale siano retroattive, finisce col sostituirvene un'altra assai più sovversiva. Infatti il Lassalle non si perita (p. 383) di affermare che lo stato di coniuge verrebbe ad essere distrutto da una legge la quale abolisse il matrimonio, nello stesso modo in cui la facoltà di divorziare verrebbe ad essere tolta da una legge la quale abolisse il divorzio (1). Egli è vero che a guisa di correttivo ad una dottrina così esorbitante, il Lassalle introduce la distinzione fra le leggi imperative e le leggi assolute, sostiene per es. (p. 379), che la legge contenuta nella Nov. 5, cap. 5, non è retroattiva, perchè non assoluta, e che lo è invece la L. 42, C. *de episc. et cler.*, perchè assoluta, ma, non additando egli in pari tempo, un criterio ben determinato onde distinguere le leggi assolute dalle non assolute, quella clausola da lui apposta alla sua dottrina non fa che aggiungere l'incertezza agli altri gravi pericoli della medesima (2).

(1) Anche il Weber (p. 79) afferma che una legge nuova può far cessare totalmente qualunque stato personale precedentemente acquistato; ma non insiste su questa affermazione, e non pare quindi che ne abbia misurata tutta la pratica importanza.

(2) Molto tempo prima del Lassalle il Georgii (p. 161) aveva dato per fondamento al diritto acquisito in materia di stato personale «il fatto od atto da cui la legge fa nascere in una persona un dato stato o capacità». Questa formola è meno ristretta di quella di Lassalle, perchè comprende anche azioni fatte non da chi diventa subbietto del diritto personale; infatti il Georgii, come in seguito vedremo, desume il diritto di *ricercare la paternità* dal fatto della fecondazione illegittima. La dottrina di Georgii però ha in compenso un altro difetto, quello cioè d'essere poco pratica. Imperocchè l'autore non determina l'estensione obiettiva del diritto acquisito personale, come ne ha determinata l'origine e il fondamento. — Noi non abbiamo

Digitized by Google

Prima di ricercare quali siano il contenuto e i limiti del diritto acquisito in materia di stato personale, egli è opportuno riflettere alle ragioni per le quali si ritiene che in tale materia debbano esservi diritti acquisiti, non possano cioè le leggi nuove essere retroattive senza limitazione nessuna.

Siccome la dignità personale è interesse non minore del ben essere materiale, così un grado di capacità, una volta acquistato, e il quale realmente accresca la personale dignità, non deve essere meno rispettato dalla legge, di quello che un aumento del patrimonio economico. Perchè si condanna la retroattività delle leggi sui diritti patrimoniali, se non per la ragione che essa sconvolgerebbe la situazione economica di tutti i cittadini, quella situazione che questi si sono formati sotto l'egida della legge, e che non avrebbero cercata se non avessero creduto di farvi sopra sicuro assegnamento? Or bene, se le nuove leggi potessero permettersi di sconvolgere da un momento all'altro la condizione personale dei cittadini, l'inconveniente di codesto fatto sarebbe certamente maggiore del precedente, attesa l'importanza assai più profonda e più estesa degl'interessi che in questo caso verrebbero ad essere lesi. Noi ci maravigliamo che il Lassalle abbia con tanto sangue freddo dato

riportata nel testo neppure l'opinione di Bergmann (pag. 114, 118) « che la immediata efficacia delle leggi sullo stato e sulla capacità personale possa ammettersi soltanto rispetto ai diritti personali, provenienti dal « rango o ceto » di una persona nello Stato, non rispetto a quelli acquistati in altra maniera. Questa opinione, manifestamente troppo generale, condurrebbe a negare a dirittura che di regola le leggi sullo stato e sulla capacità personale siano retroattive, si applichino cioè immediatamente a tutte le persone che trovansi nel caso da esse preveduto. — Non è più degna di considerazione delle precedenti la dottrina del Grandmanche de Beaulieu (p. 41) che lo stato delle persone abbia sempre per origine un contratto, o vero o supposto. Questa dottrina è anche più ristretta di quella di Lassalle, che desume il diritto acquisito personale da fatti volontari in generale. Anche il Grandmanche de Beaulieu (pag. 42) al pari di Lassalle, e prima anzi di questo, fa valere pel figlio il fatto del padre, cioè il matrimonio di questo, per spiegare l'origine dei diritti che spettano al primo all'atto stesso della nascita (v. sopra pag. 23, nota 1).

Digitized by Google

in balìa al legislatore la conservazione o la distruzione di qualunque stato personale. Se dunque, per una ipotesi impossibile, uscisse una legge che abolisse il matrimonio, potrebbero essere impunemente violati i coniugali doveri, precedentemente contratti con sì solenni promesse? Basta pensare a quelle persone che si trovassero già da molto tempo unite in matrimonio, per comprendere la crudeltà, non che l'ingiustizia di siffatta opinione.

Egli è vero che le leggi sullo stato personale sono imperative, e non dispositive, che i diritti di stato personale sono determinati dal legislatore secondo le esigenze della morale e e del pubblico bene, piuttosto che colla mira di soddisfare a individuali pretensioni, ma tutto ciò non equivale al dire, nè conduce a ritenere che tali leggi, in quanto attribuiscono al cittadino uno stato personale vantaggioso, non mirino altresì a conferire a singole persone i vantaggi di tale stato. Ciò posto, l'individuo il quale ha raggiunto uno stato personale vantaggioso, ha realmente acquistato un diritto al medesimo, e può pretendere che la legge nuova lo rispetti, con non minor fondamento di quello con cui egli pretende il rispetto di qualunque altro diritto acquisito, e per esempio dei diritti acquisiti patrimoniali. *Se e quando poi si debba ritenere propriamente e validamente acquistato uno stato personale, è questione da decidersi giusta i generali principii intorno ai caratteri del diritto acquisito, in quanto questi principii si possano in tale materia applicare*, locchè appunto noi andiamo ora investigando (1).

Se noi ora avviciniamo le cose anzidette a quelle che dicemmo in un capitolo precedente intorno alla natura dei diritti di stato personale, facilmente ne desumiamo il contenuto e i limiti del diritto acquisito in codesta materia.

In generale possono dirsi diritti acquisiti personali quei diritti

(1) Lo stesso ebbe a dichiarare la Corte d'appello di Roma, 14 gennaio 1880 (*F. I.* 1880, 1, 161).

Digitized by Google

i quali appartengono immediatamente alla persona rivestita di un dato stato personale, sono direttamente vantaggiosi ad essa persona, e costituiscono in pari tempo la vera sostanza dello stato medesimo. Tale è per noi in generale il contenuto, e tali sono in generale i limiti del diritto acquisito in materia di stato personale. Anche la Corte d'appello di Roma ebbe a formulare lo stesso canone in una sentenza 5 novembre 1877 (1).

Invero i diritti nascenti soltanto *eventualmente* da uno stato personale, per quanto siano vantaggiosi ed importanti, non hanno però, come abbiamo veduto di sopra (v. pag. 7) collo stato medesimo quella logica e necessaria connessione, che è indispensabile affinchè le conseguenze di un diritto acquisito qualunque, siano diritti acquisiti esse pure. Un diritto personale però, il quale nasca bensì immediatamente da un dato stato dell'individuo, ma non sia vantaggioso direttamente a chi ne è rivestito, non può dirsi neppure acquisito, nel senso che una legge nuova non lo possa manomettere. Imperocchè l'interesse privato che accompagna un tale diritto non è forte abbastanza per controbilanciare il pubblico interesse che ne esige la cessazione. Così per es. lo stato di coniuge, una volta acquistato, non si può più perdere in virtù di una legge retroattiva, ma il diritto del marito di autorizzare la moglie può essere tolto da una legge posteriore, attesochè da questo diritto non provengano al marito se non vantaggi indiretti. Ma se anche un diritto personale proviene immediatamente da uno stato personale, ed è direttamente vantaggioso alla persona, tutto ciò non basta ancora ad esimerlo dall'effetto retroattivo di una legge posteriore che più non lo riconosca; a ciò si richiede altresì che il diritto medesimo sia veramente un elemento essenziale dello stato personale, cosicchè ove colui, a cui appartiene, cessi di possederlo, trovi essenzialmente mutata la propria situazione, e reso impossibile uno di quegli scopi dai quali era stato

(1) *F. I.* 1877, 1, 10.

Digitized by Google

veramente determinato ad acquistarla. Così per es. anche per questo motivo l'abolizione dell'autorizzazione maritale avrebbe effetto retroattivo, mentre non lo potrebbe avere l'abolizione del diritto spettante al marito di godere dei frutti della dote. — Tutti quei diritti di stato personale, ai quali manca l'uno o l'altro dei suindicati requisiti, sono sottoposti all'effetto retroattivo delle nuove leggi, ed appunto su questi casi non infrequenti di retroattività si fonda principalmente il canone generale della retroattività delle leggi in materia personale (1).

È un generale principio l'anzidetto, e come tale abbisogna di essere completato colle necessarie determinazioni, che sono altrettante limitazioni del suo letterale enunciato.

Vuolsi invero osservare che *lo stato personale non è materia nè fonte di diritti acquisiti, ove esso stato o questi diritti siano di natura politica.* Ciò in virtù del generale principio esposto già nella parte generale (Vol. I, p. 211) che le leggi concernenti interessi pubblici, di qualunque genere, si applicano immediatamente, mutando e modificando i corrispondenti diritti e doveri degli individui. Non fa poi differenza che un diritto personale d'indole pubblica o politica sia una vera e propria prerogativa d'onore, come per es. il diritto di eleggere o di essere eletto a pubblici uffici, la qualità di deputato, di senatore o di pubblico funzionario, oppure sia un diritto d'indole privata, collegato come accessorio ad una qualità personale politica, come per es. le esenzioni dal diritto ordinario, civile e penale accordate ai deputati o ai senatori. Le une e le altre sono mere concessioni del legislatore, le quali cessano immediatamente, o si modificano all'entrare in vigore una legge nuova che le abolisce o le modifica. Nè in simili casi vi può essere luogo neppure a risarcimento di sorta alcuna, giusta le dottrine già

(1) Ciò intende sostanzialmente anche il Rintelen, quando pure in generale afferma (p. 188) che *gli effetti* dello stato personale sottostanno all'impero delle leggi nuove.

Digitized by Google

esposte su tale materia nel citato luogo (*ib.*, p. 214 e segg.). Per ciò che riguarda in particolare i pubblici funzionari od impiegati, si deve tener ben distinta la natura e il contenuto politico di tali uffici, dal rapporto meramente contrattuale che tra lo Stato intercede e quelle persone, in quanto le medesime si sono obbligate a prestare l'opera propria mediante compenso o stipendio. Certamente un impiegato di qualunque categoria non può pretendere di rimanere tale, dopo che la legge ha abolito il suo ufficio, o di esercitare le funzioni sue giusta la legge sotto il cui impero venne nominato, se una legge posteriore le ha in qualsivoglia modo mutate o modificate. E ciò risponde al canone della retroattività delle leggi concernenti qualità personali di indole pubblica o politica. La Corte di Genova ebbe a riconoscerlo in una sentenza del 7 aprile 1874 (1) e la Cassazione di Roma in una sentenza 13 aprile 1882 (2). Ma il contratto patrimoniale posto in essere fra l'impiegato e lo Stato o l'azienda pubblica, a cui esso presta servizio, non ha che fare col canone anzidetto, e deve essere regolato coi principii del diritto transitorio contrattuale, come diremo a suo luogo.

Avendo poi detto che il diritto acquisito di stato personale non può essere che un diritto vantaggioso all'individuo, ne consegue che la legge nuova può sempre abolire uno stato svantaggioso, e può anche migliorare qualunque stato personale. Invero il rispetto dei diritti acquisiti ha la sua ragione nell'interesse dell'individuo, e noi abbiamo anche osservato precedentemente che i diritti di stato personale presentano questa differenza dai diritti patrimoniali, che possono essere tolti ad un individuo, senza che un altro possa obbiettare l'offesa di un diritto proprio, collegato col diritto abolito.

Ma se la legge può sempre abolire del tutto, o rendere meno

(1) *Gazzetta dei Tribunali* di Genova, XXII, 1, 233.
(2) *A. G.* 1882, 1, 118.

Digitized by Google

svantaggioso uno stato personale, svantaggioso di sua natura, essa non può sempre invece peggiorarlo od aggravarlo. In proposito voglionsi distinguere quegli stati, i quali, benchè direttamente e immediatamente svantaggiosi, ridondano però indirettamente al bene di coloro che vi si ritrovano, da quelli che la legge introduce per infliggere all'individuo un male meritato. Esempi dei primi sono tutte quante le sottoposizioni di persone incapaci, in tutto o in parte, a governare i propri interessi, alla autorità di altre persone; esempio principale dei secondi è lo stato del delinquente, cui incombe l'obbligo della pena. I primi subiscono senza dubbio l'effetto retroattivo o immediato di nuove leggi che li aggravano, i secondi no, e ciò non già in virtù dei generali principii della teoria della retroattività, ma in onta ai medesimi, e per riguardi speciali di equità, concordemente osservati dalle legislazioni positive, come noi renderemo chiaro nella speciale trattazione della retroattività delle leggi penali.

È pure una limitazione della retroattività delle leggi modificanti uno stato personale svantaggioso, limitazione proveniente del pari da un motivo estrinseco ai generali principii della retroattività, quella che in alcuni casi è cagionata dalla emanazione di una sentenza giudiziale. Allorquando uno stato personale svantaggioso, attribuito all'individuo come giusta retribuzione del suo malvagio operare, viene mitigato da una legge posteriore, questa legge agisce retroattivamente in virtù delle cose anzidette rispetto a quei delinquenti contro i quali non sia stata ancor pronunciata una sentenza di condanna, non già dopo che la sentenza condannatoria sia stata pronunciata. Ciò vuole il rispetto dell'autorità della cosa giudicata; ed anche su questo punto noi ritorneremo quando tratteremo in particolare della retroattività delle leggi penali. In tutti gli altri casi invece, la sentenza giudiziale, benchè passata in giudicato, non fa ostacolo all'azione retroattiva di una legge nuova la quale migliori lo stato di una persona. Così, per es.,

Digitized by Google

se venisse abolita ogni limitazione della capacità giuridica dei prodighi, non vi ha dubbio che questa legge toglierebbe effetto alle sentenze di interdizione o di inabilitazione anteriormente pronunciate per prodigalità. Ciò perchè ogni sentenza di tal genere non è tanto un atto di giustizia, quanto piuttosto un provvedimento, apparentemente e immediatamente soltanto, come già dicemmo, svantaggioso per l'individuo cui esso concerne, ma in realtà è indirettamente inteso al maggior bene del medesimo. Soltanto il rispetto della cosa giudicata potrebbe far sì in alcuni casi di questo genere, che da uno stato personale fissato da una sentenza non si passasse ad un altro senza una nuova dichiarazione giudiziale; sul qual punto, come sull'intiero argomento in discorso, ritorneremo pure in altri luoghi di quest'opera.

Che se la sentenza dichiarativa di un dato stato personale non sia che un mezzo onde ordinare relazioni giuridiche di altra natura fra il subbietto di quello stato ed altre persone, notiamo fin d'ora che quella sentenza è irrevocabile, ove lo siano del pari quelle altre relazioni da essa regolate. Per tal ragione la dichiarazione del fallimento determina indubbiamente in modo irrevocabile anche la capacità personale del fallito, nè questa può essere modificata da una differente legge posteriore. Lo che stabilisce anche la legge transitoria 14 dicembre 1882 per l'attuazione del nuovo Codice di commercio italiano, dicendo in generale (art. 16) che gli effetti delle dichiarazioni di fallimento pronunziate prima del nuovo Codice, sono regolati dalle leggi anteriori.

La retroattività o immediata applicazione di ogni nuova legge di stato personale applicasi non meno alle persone morali che alle fisiche. A differenza però dalle persone fisiche, le morali non possono per la natura loro accampare mai un diritto quesito di stato personale; quella retroattività cioè non

Digitized by Google

soffre rispetto alle persone della seconda specie quelle limitazioni, che ella subisce rispetto alle persone della prima specie. Qualunque sia la vera dottrina filosofica intorno alla essenza delle persone morali, e al rapporto fra la libertà dei privati e il diritto dello Stato nella loro fondazione, la giurisprudenza non può non iscorgere in esse una creazione della legge, e la piena e costante sudditanza ad ogni nuova disposizione del legislatore, sia circa la esistenza e la durata loro, sia circa le funzioni e le condizioni delle medesime. La qual cosa ebbe a dichiarare anche la Corte d'appello di Roma in una sentenza 13 dicembre 1872 (1). Deve però essere chiaro l'intendimento del legislatore che l'ente o persona morale di che si tratta non debba più essere riconosciuta in avvenire, o lo debba soltanto a certe condizioni, e con certi effetti o diritti. Imperocchè, esistendo le persone morali, a differenza delle fisiche, in virtù di uno speciale riconoscimento e di una apposita costituzione per parte dello Stato, può questi benissimo rispettare e conservare il fatto proprio rispetto alle persone già esistenti, nel mentre statuisce nuovi principii sullo stesso argomento, e ciò devesi anzi ritenere, ove quell'intendimento non sia inconciliabile colla lettera e collo spirito della legge nuova. Ciò ebbe pure a notare la Corte di Lucca in una sentenza 30 maggio 1874 (2).

CAPITOLO V.

Dello stato e della capacità delle persone, subbiettivamente considerate, cioè in relazione all'intiera società od allo Stato.

Noi dobbiamo ora intraprendere lo studio delle principali questioni pratiche del gius transitorio personale, applicando ad esse i principii enunciati nei capitoli precedenti. Coerentemente

(1) *L.* XIII, II, 133.
(2) *G. I.* XXVI, I, 2, 187.

Digitized by Google

alla nostra premessa, che lo stato e la capacità personale possono essere considerati da due punti di vista, ai quali si riconducono tutte le questioni di gius transitorio personale, dal punto di vista cioè delle relazioni dell' individuo collo Stato e da quello delle relazioni dell' individuo colla famiglia, comincieremo il nostro studio dalle questioni che si connettono col primo di quei punti.

Le relazioni personali dell'individuo collo Stato determinano la condizione del primo, anteriormente all'uso che egli faccia della propria attività onde porre in essere i vari rapporti della vita privata, costituiscono in certo modo la base sulla quale quell' attività si viene poi dispiegando. Esse mettono capo alle seguenti qualità personali, che noi verremo successivamente considerando: *libertà*, *estimazione civile, cittadinanza*, *morte civile*, *assenza*, *sesso*, *minore e maggiore età*, *tutela*, *interdizione e inabilitazione*, *diritti e prerogative politiche*, *violazione delle leggi penali*. Vuolsi osservare che i diritti nascenti da codeste qualità possono avere per oggetto non soltanto il fare, ma anche il non fare, cioè l'esenzione da qualche onere, e che i diritti stessi possono essere accompagnati da doveri verso l'intiera società o lo Stato.

Del gius transitorio penale però noi non tratteremo nel seguito di questo capitolo, ma sibbene a parte, riservandolo come ultimo tema del gius transitorio personale. A ciò ne induce il riflesso che il diritto penale costituisce una parte distinta della legislazione, cosicchè anche nella giurisprudenza transitoria esso dà origine a parecchie speciali e importantissime questioni.

§ 1.

Della libertà e della schiavitù.

La libertà è oggidì presso tutte le nazioni incivilite un diritto naturale d'ogni uomo, e non può quindi essere considerata

Digitized by Google

come diritto acquisito (v. Vol. I, pag. 207 e segg.). Soltanto dove esista la schiavitù come istituzione dello Stato, la libertà può diventare un diritto acquisito per gli schiavi liberati in un modo riconosciuto dalla legge. Ma se in uno Stato, in cui la schiavitù di una intiera classe di persone fosse stata abolita, per una ipotesi impossibile essa venisse ripristinata, codesta infausta legge agirebbe pur troppo anche su coloro che avessero acquistato precedentemente la libertà, e ciò ancora pel motivo che le qualità fondamentali delle persone, sono piuttosto premesse fondamentali dei diritti, che non veri e propri diritti acquisiti (ib.).

Che l'abolizione della schiavitù giovi immediatamente, come afferma il Savigny (pag. 534), a tutti coloro che si trovano in condizione servile, è principio riconosciuto universalmente, e che fu sempre seguito da tutti i legislatori che ne ebbero l'occasione. Lo stesso dicasi rispetto a quegli stati intermedi fra la libertà e la schiavitù, che fossero dalla legge contraddistinti con un proprio nome, e riconosciuti come vere istituzioni dello Stato. Se poi l'abolizione delle istituzioni di cui parliamo debba essere seguita da indennità a vantaggio di coloro che ne soffrissero danno, non può essere nostro assunto il ricercare (v. Vol. I, pag. 340, in nota).

§ 2.

Della estimazione civile e della infamia.

Le leggi degli odierni popoli civili non si arrogano più, come le antiche, di assegnare l'estimazione civile o l'infamia come una conseguenza giuridica di certi fatti o modi di vivere. Noi non possiamo quindi far parola di un tale argomento negli attuali studi, se non nell'interesse della teoria, e per addurre una ipotesi di più onde chiarire i suesposti principii. Nell'ipotesi adunque, assai poco probabile, che in uno Stato venisse intro-

Digitized by Google

dotto il principio che certi modi di vivere o certe professioni traggano seco l'infamia, quella infamia cioè, che il Diritto Romano chiamava *immediata*, noi conveniamo col Savigny (p. 419) che siffatta legge si applicherebbe a tutti coloro che si trovassero nella condizione prevista dalla legge, e che i medesimi non avrebbero nessun diritto acquisito a persistere nella medesima, senza incorrere nell'infamia. Nell'ipotesi contraria (1), che cioè l'esistente istituto dell'infamia legale venisse abolito, non si può dubitare neppure che tale abolizione avrebbe effetto retroattivo, come afferma l'Unger (pag. 133), attesochè nessun ostacolo e nessun diritto acquisito può mai opporsi alla abolizione retroattiva di qualunque stato personale svantaggioso (v. sopra pag. 32).

§ 3.

Della cittadinanza.

La cittadinanza, cioè l'appartenere come membro ad uno Stato, era nell'antico Diritto Romano condizione indispensabile pel godimento dei diritti civili, e quindi lo stato personale per così dire fondamentale, di cui tutti gli altri non erano che modificazioni. Nel diritto moderno si andò sempre migliorando la condizione giuridica dei forestieri, avvicinandola a quella dei cittadini in tutti i diritti non politici, cosicchè oggidì in qualche Stato, come per es. nel Regno d'Italia (Cod. civ. ital., l. I, t. I, art. 3), i forestieri sono ammessi al godimento di tutti i diritti civili, senza condizione nè formalità alcuna, ed in altri, come per es., in Francia, la stessa massima è invalsa nella pratica, benchè non sia apertamente sancita dalla legge (2). La citta-

(1) Questa ipotesi si è verificata ultimamente nel 1853, in seguito alla introduzione del Codice civile austriaco nel Regno di Ungheria.

(2) Il C. N. non accorda i diritti civili ai forestieri se non alla condizione che abbiano avuta l'autorizzazione di stabilire il loro domicilio in Francia. Ma quali diritti spettino ai forestieri domiciliati in Francia senza autoriz-

Digitized by Google

dinanza adunque è in ogni Stato e sistema giuridico una condizione personale fondamentale, benchè l'importanza della medesima rispetto alla conseguente capacità dei concreti diritti possa esser diversa in tempi e luoghi differenti. Come stato personale, la cittadinanza è certamente regolata da leggi che si applicano immediatamente a tutti coloro che trovansi nelle condizioni da esse prevedute. Vediamo ora quali siano i limiti precisi di questa applicazione, e a quest'uopo consideriamo separatamente l'acquisto e la perdita della cittadinanza.

La qualità di cittadino appartiene agl'individui o per nascita, o per averla acquistata, cioè per naturalizzazione. Egli è evidente che soltanto in questo secondo caso la cittadinanza può dirsi diritto acquisito. Egli è evidente del pari che ogni nuova legge intorno ai modi di acquisto della cittadinanza si applica immediatamente a tutti coloro che, non essendo cittadini, vorrebbero diventarlo. E le azioni pendenti, cioè le domande già inoltrate per conseguire la cittadinanza, vanno sottoposte, come pensa il Demolombe (n. 21), alla legge nuova, e non a quella sotto il cui impero vennero presentate. Trattasi qui infatti di una vera *facoltà di legge*, cadente su materie regolate dal legislatore assai più nella mira della pubblica convenienza, che in quella di recar vantaggio a singole persone, ep-

zazione, oppure non domiciliati, se ad essi non spettano i diritti civili, quel Codice non dice. Anche la giurisprudenza non è mai riuscita a determinarli (vedasi l'esposizione di questa quistione in KALINDERO, pag. 46 e segg.; in MAILHER DE CHASSAT, I, pag. 205 e seg.; e VALETTE, *Explic. du liv. prem. du C. N.*, pag. 17), cosicchè prevalse nella pratica l'opinione che spettino ai forestieri tutti i diritti civili che la legge espressamente loro non interdica, la quale interdizione, dopo l'abrogazione degli articoli 626 e 912 del C. N. in virtù della legge 14 luglio 1819, si verifica oggidì soltanto negli articoli 14-16 del C. N., relativi alla competenza giudiziale, e in alcune disposizioni della legge sull'arresto personale. Nè poteva essere diversamente, ove si pensi che il concetto del *jus civile*, che avevano i Romani, non ha più alcuna base nel diritto moderno, e che l'importanza della cittadinanza, come stato personale fondamentale, si connetteva appunto pei Romani a quel concetto.

Digitized by Google

però tale facoltà non si trasforma in diritto acquisito per il solo fatto di esercitarla mediante formale domanda alla competente autorità (v. Vol. I, p. 260). I fatti però, in vista dei quali la legge fa diventar cittadino chi non lo è, possono essere di due specie differenti: o tali che di loro natura non possano verificarsi se non dopo l'attuazione della legge nuova, come se questa prescriva l'adempimento di una formalità del tutto nuova, oppure fatti che possano essersi verificati rispetto ad una data persona anche prima di quell'attuazione, come per es., se la legge dichiari cittadino chiunque abbia soggiornato nello Stato per un certo tempo, attendendo ad una determinata professione. Rispetto ai primi, non può essere dubbio che la legge nuova si applica a tutti coloro pei quali si avverino i fatti e le circostanze da essa contemplate, e a tali persone soltanto, e a tale condizione. Rispetto ai secondi, si ha luogo a distinguere. O la persona di cui si tratta non era già rivestita della qualità di cittadino di nessuno Stato, e certamente la legge nuova si applica ad essa, dal giorno della sua attuazione, oppure quella persona aveva già una cittadinanza, e questo caso non può essere deciso senza aver prima ragionato della perdita della cittadinanza.

La cittadinanza può essere perduta in virtù di certi fatti del cittadino, ai quali la legge attribuisce un tale effetto. Che una legge qualunque su codesto argomento si applichi immediatamente a tutti i cittadini pei quali si verifichino quei fatti dopo la sua attuazione, e in questo senso sia retroattiva, tutti gli autori ne convengono, e ciò discende direttamente dai generali canoni della retroattività in materia personale. Giustamente quindi la Cassazione di Torino con sentenza 20 marzo 1882 (1) e la Cassazione di Roma con sentenza 23 gennaio 1880 (2), dichiararono che il diritto di optare per la cittadinanza estera, conceduto dall'art. 8 del Codice civile italiano al figlio nato

(1) *G. I.* XXXIV, 1, 387.
(2) Ib., XXXII, 1, 200.

Digitized by Google

nello Stato da un forestiero stabilitovi, non possa essere invocato da persona nata vigendo il Codice albertino, che siffatto diritto non accordava. Imperocchè la nascita accaduta sotto quella legge anteriore era un fatto compiuto, e irretrattabile quanto all'effetto dell'acquisto della cittadinanza dello Stato. Ma la perdita della cittadinanza può immaginarsi eziandio in un altro modo, in virtù cioè di una legge la quale ne privi direttamente coloro che ne sono investiti; ora una legge di questa natura è giuridicamente possibile, senza ingiusta retroattività?

Il Merlin afferma (pag. 224) che la legge non può spogliare il cittadino di questa sua qualità, l'abbia egli dalla nascita, oppure l'abbia acquistata per un modo qualunque di naturalizzazione. Tale è pure l'opinione di Mailher de Chassat (I, pagina 204), di Kalindero (pag. 40), e di Theodosiades (pag. 66). Merlin ne dà poi una dimostrazione, che agli altri è sembrata superflua. Riflette il Merlin che, tanto nell'un caso quanto nell'altro, la cittadinanza è un diritto acquisito per contratto dell'individuo collo Stato, epperò non è meno degna di rispetto di qualunque diritto contrattuale.

Noi pure siamo di avviso che la legge non possa spogliare il cittadino di questa sua qualità, in qualunque modo sia surta, ma non in tutti i casi per la stessa ragione, e in nessun caso per la ragione addotta da Merlin. Se la cittadinanza appartiene ad una persona per nascita, essa non è per noi diritto acquisito, ma ciò nondimeno essa è inviolabile per una ragione fortissima, quantunque estranea al diritto transitorio, per la ragione cioè che non è supposizione possibile in concreto quella di una legge la quale tolga di mezzo la trasmissione della cittadinanza da padre in figlio; una legge siffatta distruggerebbe lo Stato, è quindi logicamente impossibile, non meno di una legge che abolisca ogni proprietà individuale (1). Se invece la cittadi-

(1) Dice benissimo il Mailher de Chassat (ib.): « una legge siffatta mancherebbe nel suo bel nascere di ogni autorità, così pel passato come per

Digitized by Google

nanza è stata acquistata mediante un idoneo fatto della persona, noi la diciamo inviolabile in virtù del generale principio che qualunque stato personale vantaggioso, e debitamente acquistato, deve essere rispettato dalla legge. Non c'è bisogno di ricorrere ad altri argomenti, quando soccorre abbastanza un principio così evidente e generale. L'argomento del resto addotto dal Merlin ci par poco concludente, perchè l'idea di un contratto fra il cittadino e lo Stato in materia di diritti personali mal si concilia colla subordinazione di questi diritti, e delle leggi che li riguardano, alle esigenze del bene e dell'ordine sociale.

Similmente noi non crediamo che lo stato di cittadino possa eccezionalmente essere perduto, come dice il Kalindero (*ib.*), in virtù del distacco di una parte del territorio dello Stato per formare uno Stato nuovo, o per accrescerne un altro. Infatti si è veduto più di una volta in questi ultimi tempi lasciarsi agli abitanti di provincie cedute da uno Stato ad un altro, facoltà di optare fra la cittadinanza dello Stato a cui il loro territorio veniva ceduto, e la conservazione della cittadinanza anteriore, cosicchè quest'ultima non potesse venir da loro perduta per mero arbitrio della legge, ma per loro propria volontà. Codesto provvedimento è una debita applicazione del principio che lo stato di cittadinanza, al pari di qualunque altro stato vantaggioso, debitamente acquistato, non può più essere rivocato dalla legge, il qual principio di evidente giustizia non ammette eccezione.

Non sarebbe però completo il discorso intorno all'azione retroattiva di una legge nuova in materia di perdita della cittadinanza, se non si tenesse conto di una circostanza tutta propria

l'avvenire ». — Il Grandmanche de Beaulieu (pag. 142) considera la cittadinanza sorta all'atto della nascita come un diritto acquisito dal figlio in virtù del contratto matrimoniale del di lui padre. Questa opinione si connette con una dottrina dello stesso autore, da noi precedentemente accennata (v. sopra pag. 30, in nota).

Digitized by Google

alle leggi che in generale riguardano i diritti dei forestieri. Questa materia è regolata non soltanto dalla legge nazionale, ma anche dai principii del così detto diritto internazionale privato. Bisogna quindi porre in armonia con questi principii anche gli speciali canoni del diritto transitorio personale, e questo lato delle questioni transitorie personali non può venir trascurato, se la relativa dottrina deve essere completa, e rispondente appieno ai bisogni della pratica. Imperocchè tutti quanti i canoni del diritto personale, ed anzi del diritto privato in generale, possono anche essere considerati dal punto di vista internazionale privato, cioè dei diritti del forestiero, o del conflitto possibile fra due diverse legislazioni di differenti Stati, e talvolta da tal punto di vista, e nelle applicazioni che al medesimo si collegano, subiscono limitazioni e deroghe. E di così fatte limitazioni se ne incontrano in particolare nel diritto transitorio, e appunto nella dottrina transitoria della cittadinanza, di cui stiamo ragionando. E di vero, quantunque in tesi generale si debba dire che una legge nuova non può direttamente e immediatamente spogliare del diritto di cittadinanza chi ne è rivestito, pur nondimeno questa regola può subire eccezione, allo scopo di porre in armonia la legislazione dello Stato con quello di un paese straniero. Così, per esempio, mentre in tesi generale non può perdere la cittadinanza dello Stato una persona, appartenente ad una categoria cui una legge nuova tale qualità disconosca, una legge però, la quale, come l'art. 14 del Codice civile italiano, statuisca diventar forestiera una italiana maritata ad un forestiero, si applica senza dubbio, dal giorno della sua attuazione, anche alle cittadine già maritate con forestieri, specialmente se, come quello stesso articolo, la legge nuova faccia dipendere tale perdita della cittadinanza dello Stato, dall'avere la donna acquistata col matrimonio la cittadinanza del marito. Imperocchè siffatta disposizione di legge è manifestamente suggerita da un principio di diritto interna-

Digitized by Google

zionale privato, e tende allo scopo di conciliare fra di loro due differenti legislazioni di diversi Stati.

Riprendiamo ora in più particolare esame l'argomento dell'acquisto della cittadinanza in virtù di fatti accaduti prima della attuazione della legge nuova.

In proposito fu sollevata questione in Francia in seguito alla legge del 30 aprile 1790, la quale disponeva che *tous ceux qui, nés hors du royaume de parents étrangers, sont établis en France, sont réputés Français, et admis, en prêtant le serment civique, à l'exercice des droits de citoyens actifs, après cinq ans de domicile continu dans le royaume, s'ils ont en outre ou acquis des immeubles, ou épousé une française.* Nessuno dubitava, ed a ragione, che fosse conforme a giustizia l'applicazione di questa legge nell'avvenire, attesochè coloro i quali dopo quella legge fossero venuti a stabilirsi in Francia, e quivi avessero posto in essere uno dei fatti dalla legge contemplati, si potevano considerare come persone che avevano agito col proposito di acquistare la cittadinanza francese; dubitavasi invece che la legge si potesse applicare del pari a coloro i quali prima della sua promulgazione già si fossero trovati nelle condizioni da essa previste, in modo che dovessero essere considerati francesi da quel momento in poi. Rispetto a queste persone, da una parte l'opinione affermativa pareva abbastanza giustificata dal generale principio della immediata applicazione delle leggi sullo stato personale, dall'altra l'opinione negativa pareva più conforme a giustizia, cioè non sembrava giusto che una legge nuova attribuisse a a fatti posti in essere prima della sua emanazione, effetti del tutto differenti da quelli per i quali erano stati posti in essere, quand'anche non si dubitasse che il legislatore considerava l'acquisto della cittadinanza francese come un vantaggio e non come un onere. I fautori di questa seconda opinione consideravano appunto il « giuramento civico », di cui parla la legge del 1790, come una tacita dichiarazione di volere approfittare

Digitized by Google

di questa legge, e come condizione indispensabile per diventar cittadini in virtù di essa. Tali differenti opinioni furono discusse principalmente nel caso memorabile del maggiore Mac Mahon, imputato di fellonia, di diserzione, e di frode nei patti del suo matrimonio, e al quale si volevano applicare, fra le altre, le leggi d'allora sugli emigrati. Il Mac Mahon, era già stabilito in Francia da più di cinque anni, e vi si era anche ammogliato con una francese prima del 30 aprile 1790; due anni dopo egli aveva lasciata la Francia, senza aver prestato il giuramento contemplato dalla legge di quel giorno. Il processo del Mac Mahon fu sottoposto successivamente a tre diverse Corti d'appello, e occasionò due sentenze della Corte di cassazione di Parigi. La Corte d'appello di Orléans nella sua decisione del 12 Termidoro anno XIII, sentenziò, fra le altre cose, nel caso di Mac Mahon: « che un atto di naturalizzazione è un vero contratto fra il Governo che adotta e lo straniero adottato; che questo contratto, al pari di tutti gli altri contratti, esige il mutuo e reciproco consenso; che questo consenso deve essere formale o risultare da atti espressi e positivi; che per conseguenza qualunque disposizione generale che dichiari naturalizzata una certa classe di cittadini non può applicarsi in realtà se non a quegli individui che abbiano domandata o accettata la naturalizzazione ». Le due sentenze di Cassazione però (1), che furono pronunziate in quella causa, non hanno sciolta la quistione su cui versava principalmente la citata sentenza di Orléans, e il Mac Mahon fu sottoposto alla legge sugli emigrati, indipendentemente dall'essere egli diventato cittadino francese in virtù della legge del 1790, e per motivi differenti da quello (v. Lassalle, pag. 80, nota 1).

Noi pure reputiamo incontestabile il canone, che il legislatore non può far diventare cittadino dello Stato una persona, per titolo di fatti e circostanze avveratesi rispetto alla me-

(1) L'una del 30 piovoso, l'altra del 22 marzo 1806.

Digitized by Google

desima in un tempo anteriore, nel quale ella era già rivestita di una differente nazionalità. Noi ci associamo quindi al Lassalle (l. c.) nel lodare l'ultima delle surriferite conchiusioni della Corte d'appello di Orléans; senonchè alla domanda di naturalizzazione noi non troviamo ragione di non equiparare qualunque altro fatto a cui la legge nuova attribuisca la stessa virtù di fare acquistare la cittadinanza dello Stato. Nella ipotesi speciale della legge francese del 30 aprile 1790 noi stimiamo che non a torto opinassero taluni che il « giuramento civico », da essa contemplato, fosse condizione indispensabile per diventare cittadino francese in virtù di essa, siccome atto equivalente ad una tacita dichiarazione di volere approfittare della legge. Noi approviamo eziandio l'opinione di Lassalle (l. c.) che non poteva bastare a costituire il Mac Mahon cittadino francese in virtù della suddetta legge, la circostanza che il medesimo non aveva fatta alcuna espressa dichiarazione contraria, siccome aveva opinato il Merlin nella sua requisitoria alla Corte di cassazione nella causa in discorso; imperocchè di tale dichiarazione non è fatto cenno alcuno nella legge. Ma per qual ragione noi siamo dell'esposto avviso? Non già per la ragione addotta dalla Corte d'appello d'Orléans, che cioè la naturalizzazione abbia natura contrattuale, la qual ragione, oltre che è poco scientifica per motivi da noi già esposti (v. sopra p. 43-44) si risolve eziandio in una petizione di principio. La ragione da cui noi siamo mossi consiste nel principio dimostrato precedentemente, che cioè la legge non può direttamente spogliare un cittadino di questa sua qualità, senza che egli abbia fatto nulla, e che nulla sia accaduto a suo riguardo, che valga di titolo a tale spogliazione. Combinato però siffatto principio coll'altro, pure esposto sopra, che nel diritto transitorio, come in generale nel diritto privato, la legge dello Stato deve essere conciliata colla legge estera, ogniqualvolta sorgerebbe altrimenti un conflitto fra le due leggi. Imperocchè da questo secondo principio manifestamente discende

Digitized by Google

che una cittadinanza estera non può essere disconosciuta in chi la possiede, onde attribuirgli per forza la cittadinanza dello Stato, che nel paese estero non verrebbe riconosciuta. Il Mac Mahon in particolare non poteva essere diventato cittadino francese senza alcun fatto suo, immediatamente per opera della legge del 30 aprile 1790, senza che egli avesse perduto senza alcun fatto proprio, e immediatamente per opera di quella legge, la cittadinanza inglese di cui prima era rivestito (1).

§ 4.

Continuazione.

Se la cittadinanza è un diritto che non può più essere tolto a chi l'abbia acquistato, gli effetti della medesima però, i singoli diritti che essa conferisce, possono essere modificati da leggi posteriori. Dice giustamente il Merlin (l. c., pag. 225) che il legislatore potrebbe, senza ingiusta retroattività, privare tutti quanti i cittadini dei diritti civili, e che così fatta legge sarebbe pessima bensì, ma non ingiusta. E non vi ha distinzione a fare tra effetti essenziali e non essenziali dello stato di cittadinanza (v. sopra pag. 32).

È questo anzi il solo stato personale a cui quella distinzione non si possa applicare senza cadere in una petizione di principio. Imperocchè dalla cittadinanza non discendono positivi diritti, ma piuttosto semplici capacità fondamentali ai diritti

(1) Il Lassalle opina che quand'anche la legge 30 aprile 1790 avesse fatto diventare il Mac Mahon cittadino francese, ad onta che egli non avesse prestato « giuramento civico », ciò nondimeno egli avrebbe cessato di essere tale in virtù della Costituzione del 5 settembre 1791, la quale (Tit. 2, art. 3) prescrive espressamente quel giuramento come condizione indispensabile dell'acquisto della cittadinanza. Ma il Lassalle ha troppo conceduto agli avversari del Mac Mahon; la Costituzione del 1791 non poteva spogliare della cittadinanza francese coloro che l'aveano già acquistata, come bene osservò il Merlin nella citata requisitoria, prevedendo egli pel primo l'obbiezione del Lassalle (vedi Lassalle, pag. 83, nella nota).

Digitized by Google

civili e politici, le quali capacità sono di loro natura in pieno e costante arbitrio del legislatore (v. Vol. I, pag. 209). Nè, per la stessa ragione, vi ha distinzione a fare nell'applicare le nuove leggi intorno agli effetti della cittadinanza, tra la cittadinanza per nascita, e quella acquistata per naturalizzazione. Come pure rispetto a quest'ultima ogni nuova legge intorno agli effetti giuridici della medesima, applicasi indifferentemente alle naturalizzazioni già accadute, e a quelle avvenire. Soltanto per equità può talvolta la legge provvedere diversamente, come per es. una legge francese dell'11 dicembre 1849 intorno alla naturalizzazione, la quale (art. 5) conservò ai forestieri naturalizzati dal Governo provvisorio l'eleggibilità all'Assemblea nazionale.

Qualunque poi siano le modificazioni introdotte dalla legge rispetto agli effetti della cittadinanza, e senza far distinzione fra cittadini nati, e naturalizzati, i principii generali intorno alla retroattività esigono che le cagioni di tali modificazioni non possano produrre effetto se non per quelle persone rispetto alle quali siansi verificate posteriormente all'emanazione della legge. Lo che già notammo poco sopra (pag. 42) in particolare rispetto alle cause che fanno perdere la cittadinanza. Erra però il Kalindero quando insegna (pag. 41) che i fatti ai quali la legge attribuisce questo effetto, onde realmente produrlo, devono essere cominciati dopo la pubblicazione di essa legge. Noi dobbiamo qui rammentare un principio generale da noi stabilito nella prima parte di quest'opera (v. Vol. I, pag. 234), che cioè anche fatti cominciati prima dell'attuazione della legge nuova possono andar sottoposti all'impero di questa, e produrre gli effetti che questa legge loro attribuisce, ove perdurino oltre quel momento. Così per es. se una legge statuisce che perda la cittadinanza chi faccia parte di una data associazione stabilita in estero Stato, oppure abbia preso servizio militare in in un estero Stato, non v'ha dubbio per noi che non solo perderanno la cittadinanza coloro i quali entreranno in uno di

Digitized by Google

quelli ordini, oppure prenderanno quel servizio in avvenire, ma anche coloro i quali, essendovi già entrati, o avendolo preso prima dell'attuazione della legge, vi rimarranno, o lo conserveranno anche dopo. La nostra opinione è anche stata adottata espressamente da due decreti pubblicati in Francia, l'uno addì 30 luglio 1791, l'altro addì 6 aprile 1809 (1). A torto il Kalindero (pag. 43) adduce a sostegno della sua opinione il decreto francese del 26 agosto 1811, il quale stabiliva che *in avvenire* i Francesi non potessero prendere servizio militare in estero Stato se non a condizione di rientrare in Francia in caso di guerra, essendo evidente che dopo l'emanazione di quel decreto non avrebbero potuto in caso di guerra rimanere all'estero quei francesi i quali vi avessero preso servizio militare anteriormente.

§ 5.

Continuazione.

Gli effetti dello stato di cittadinanza si riducono alla capacità di acquistare i diritti privati in generale, e quei diritti politici che la costituzione dello Stato consente, ed all'obbligo di certe prestazioni verso lo Stato. Delle capacità di diritto in generale riprenderemo più sotto il discorso, nel seguito della trattazione del diritto transitorio personale. Aggiungeremo qui invece alcune considerazioni rispetto alla efficacia retroattiva delle leggi concernenti le prestazioni dovute dai cittadini allo Stato.

Queste prestazioni sono di due specie: altre pecuniarie, se

(1) Il Decreto 30 luglio 1791 dichiarava che « ogni cittadino francese, il quale domandasse, ottenesse o *conservasse* l'affiliazione ad un ordine di cavalleria o ad altra corporazione stabilita in estero Stato, e fondata su distinzioni di nascita, perderebbe la qualità di cittadino »; — il Decreto 6 aprile 1809 ingiungeva ai Francesi, i quali avessero preso servizio militare all'estero, o vi esercitassero pubbliche funzioni, con o senza autorizzazione, di rientrare in Francia in caso di ostilità fra i due Stati, sotto pena della confisca dei beni, e in certi casi, della morte civile (vedi KALINDERO, l. c.).

Digitized by Google

il cittadino possiede una certa quantità di beni o di rendita, altre personali, se il cittadino ha raggiunta una certa età e trovasi nel pieno sviluppo delle sue forze. Le prime diconsi imposte, le seconde si riducono al servizio militare.

Il diritto transitorio in materia di imposte si compendia nel principio che *colui il quale non abbia pagata una imposta già scaduta, non può essere obbligato a pagarla in una quantità maggiore di quella fissata in tale ipotesi dalla legge vigente al tempo in cui l'imposta avrebbe dovuto esser pagata.* Questo evidente principio è stato molte volte applicato dalla giurisprudenza italiana. Veggansi per es.: Corte di Brescia, 11 luglio 1866 (1), Corte di Napoli, 5 agosto 1867 (2), Corte di Palermo, 22 febbraio 1867 (3), Corte di Milano, 16 giugno 1866 (4). Oltre al diritto però di non pagare se non quella quantità di imposta che è conforme alla legge del tempo in cui l'imposta è scaduta, un altro diritto in materia di imposta può essere una esenzione da questa specie di oneri, del quale diritto, se ed in quanto possa dirsi acquisito, abbiamo già tenuto parola nella Parte generale di quest'opera (Vol. I, pag. 215-216).

Anche rispetto al servizio militare si può stabilire un principio analogo a quello stabilito dianzi rispetto alle imposte, cioè: *colui il quale siasi illecitamente sottratto al militare servizio, non può essere di poi costretto, a motivo di tal fatto, a prestare un servizio militare più lungo di quello stabilito in quella ipotesi dalla legge da lui violata.* — Le esenzioni dal servizio militare meritano di essere qui particolarmente considerate, onde ben determinare l'influenza che una legge nuova possa avere su di esse, dopo che siano state accordate.

Il titolo di tali esenzioni può essere duplice: sia perchè un

(1) *M. T.* VIII, 267.
(2) *Massime del Notariato*, VI, 412.
(3) *Gazzetta dei Tribunali* di Napoli, XX, 810.
(4) *M. T.* VII, 692.

Digitized by Google

individuo appartenga ad una data categoria di persone, sia per l'avvenuto pagamento di una tassa, dalla legge determinata. Ciò posto, nell'uno e nell'altro di tali casi può sorgere la questione se l'esenzione dal militare servizio, debitamente conseguita, sia veramente un diritto acquisito che nessuna legge posteriore possa manomettere.

Conformemente a quanto già dicemmo nella *Parte generale* (Vol. I, pag. 212) noi non crediamo che siavi un vero e proprio diritto acquisito in nessuno di quei due casi, ma una semplice concessione dello Stato, che per natura sua non è mai irrevocabile. E di vero, lo stato personale di chi venne dichiarato esente dal servizio militare per un titolo fondato nella legge, non si può dire diritto acquisito perchè gli manca un carattere essenziale di tutti i veri e propri diritti di tal natura, di essere cioè fondato su di una legge che miri a recare una utilità all'individuo (vedi Vol. I, pag. 210). A colui invero il quale, nella ipotesi della emanazione della legge suddetta, volesse argomentare dal fatto dell'ottenuto certificato di esenzione, per tacciare il legislatore di ingiusta violazione di un suo diritto quesito, si potrebbe rispondere: in che cosa fate voi consistere il vostro diritto e l'utilità che esso vi procura, se non nel rifiutare l'opera vostra alla patria che ne abbisogna? Imperocchè il legislatore non vi aveva esentato una volta dall'obbligo di servire la patria, se non perchè non gli parevate idoneo a servirla, ed ora vi chiama a prestar quel servizio, perchè crede che la patria possa ora giovarsi anche dell'opera vostra. Si aggiunge a queste ragioni anche l'altra che le esenzioni dal servizio militare sono in sostanza diritti politici, e che diritti di questa natura non possono mai formare il substrato di veri e propri diritti acquisiti di stato personale (*ib.*, pag. 212). — Che se la esenzione venne conseguita mediante il pagamento della tassa di esonero, la legge non sarebbe ingiustamente retroattiva, obbligando al servizio militare gli individui esoneratine in tal ma-

Digitized by Google

niera, purchè ella ordinasse in pari tempo la restituzione a quelle persone di una parte proporzionale del danaro sborsato onde ottenere l'esonerazione (*ib.*, pag. 214).

In pratica però l'abolizione retroattiva delle esenzioni dal servizio militare non potrebbe essere ammessa dal giudice, se non quando il legislatore espressamente la ordinasse. Una legge la quale semplicemente dichiarasse non più ammissibile una data specie di quelle esenzioni, senza altro aggiungere, non potrebbe certamente essere applicata alle persone che già fossero state dichiarate esenti per un titolo qualunque, e ciò per una ragione tutta pratica, consistente nel modo in cui si suole esigere il servizio militare in tutti gli Stati moderni. In questi infatti il servizio militare non è già una prestazione richiesta ripetutamente per un certo numero d'anni, ma una prestazione che viene imposta o che viene condonata a chi abbia raggiunta una certa età, e per un determinato numero d'anni successivi. Ciò essendo, non è possibile supporre che il legislatore il quale abolisce una data specie delle esenzioni in discorso, intenda dare, anche se non lo dica espressamente, a questa abolizione l'effetto di obbligar taluno a prestar servizio militare per una parte soltanto della sua ordinaria durata, imperocchè un cosiffatto servizio, più breve, riuscirebbe affatto eccezionale nel sistema militare dello Stato.

Chi confronti le legislazioni positive nella materia del servizio militare coi principii suesposti, vi scorgerà di leggieri disposizioni che se ne scostano, e che attribuiscono talvolta i diritti che con quei principii non si possono giustificare. La ragione di tali disposizioni non è altro che l'equità, la quale è naturalmente un indispensabile elemento delle leggi tendenti ad imporre degli oneri ai cittadini. Per es. la legge pubblicata nel 1868 in Francia intorno al servizio militare, mentre abolisce l'esonerazione mediante il pagamento di una tassa, e vi sostituisce quella della libera surrogazione, attribuisce però ai

Digitized by Google

giovani sottoposti alla leva dell'anno corrente, il diritto di optare fra l'uno espediente e l'altro. Nessuno al certo può pensare che questi giovani avessero un diritto acquisito ad esonerarsi mediante pagamento, come permettevano le leggi anteriori.

§ 6.

Della morte civile.

La morte civile è uno stato personale in cui, secondo alcune legislazioni de' tempi andati, cadeva il delinquente condannato a certe gravissime pene. Oggidì la morte civile è scomparsa da tutte le legislazioni dei popoli civili, siccome finzione legale che non può ammettersi in tutte le sue logiche conseguenze senza soverchia crudeltà. I giureconsulti francesi danno poi impropriamente il nome di morte civile anche allo stato personale di coloro i quali hanno fatta professione in un ordine monastico, ed hanno cessato da quel momento in poi di poter disporre dei loro beni ed acquistarne di nuovi. Impropriamente dicesi questo stato morte civile, imperocchè alcune conseguenze vi mancano della vera e propria morte civile pronunziata con sentenza criminale, quella per es. dello scioglimento del matrimonio. Ciò nondimeno noi non stimiamo inutile nè inopportuno il ragionare in questa occasione dell'uno e dell'altro degli anzidetti stati personali, seguendo l'esempio della maggior parte degli scrittori che ci hanno preceduti.

In generale si può dire che tanto l'abolizione della morte civile penale, quanto quella della morte civile dei religiosi professi, in seguito alla soppressione dei monasteri, approdano immediatamente a tutti coloro i quali o sono incorsi in un reato che traeva seco la morte civile, od hanno fatta professione in un ordine religioso. Questo principio generale ammesso da tutti gli scrittori, è una diretta conseguenza di un altro ancor più generale che presiede a tutto il diritto transitorio perso-

Digitized by Google

nale. L'applicazione però di tale principio dà luogo a distinzioni e considerazioni pratiche, differenti per ciascuno di quei due casi di morte civile.

Se la morte civile è stata soltanto meritata dall'autore di un delitto, ma non gli è ancor stata inflitta con una sentenza che lo condanni ad una di quelle pene che la traggono seco, l'abolizione fattane da una legge nuova ha certamente per effetto che il delinquente non vi possa più essere condannato. Ma se il delinquente è già incorso nella morte civile in virtù di una condanna effettivamente pronunciata contro di lui, l'abolizione della morte civile non può approdargli; egli rimarrà civilmente morto in virtù della sentenza. È questa un'applicazione di un generale principio già da noi avvertito poco sopra (pag. 35). Tutti gli scrittori ne convengono, e fra gli altri il Merlin (l. c., pag. 226), il Mailher de Chassat (pag. 212), il Pinto (pag. 140) e il Theodosiades (pag. 81). Bisogna che il legislatore disponga espressamente che l'abolizione della morte civile debba giovare anche ai delinquenti condannati, perchè il giudice le possa attribuire questo effetto. Siffatta disposizione è stata data in realtà da più di un legislatore. Per es. la legge francese del 3 settembre 1792 (art. 5) ordinava: « la pena dei ferri, della reclusione, della galera, della detenzione, non potendo, secondo il Codice penale, essere perpetua, la perpetuità delle galere o della prigione, altre volte in uso, è abolita da questo giorno in poi per tutti coloro che vi siano stati condannati. Per conseguenza i condannati che avranno subìto pene di questa specie per un tempo eguale al più lungo termine assegnato dal Codice penale alla pena dei ferri e della reclusione, saranno immediatamente richiamati dalle galere e messi in libertà, senza bisogno di nessun giudizio ». Questa legge implicava necessariamente la cessazione immediata della morte civile pei già condannati alle pene da essa abolite, perchè appunto le sole condanne di questo genere traevano seco la morte civile. Anche la legge del

Digitized by Google

31 maggio 1854 che abolì la morte civile in Francia, dispone espressamente (art. 5) che gli effetti della morte civile abbiano a cessare per l'avvenire riguardo ai condannati attualmente morti civilmente, salvi i diritti acquisiti dai terzi. Così pure le disposizioni transitorie pubblicate per l'attuazione del Codice civile italiano sanciscono (art. 4) che le incapacità civili conseguenti alle condanne criminali, e dalle nuove leggi non più ammesse, cessino di diritto pei già condannati dal giorno dell'attuazione di detto Codice (v. sopra Vol. I, pag. 57, i. n.). Giusta invece sembraci l'opinione del Merlin (l. c.), divisa anche dal Pinto (l. c.), che il decreto del Principe Sovrano delle Province Unite dell'11 dicembre 1813, in virtù del quale (art. 7) la pena dei lavori forzati a perpetuità venne abolita, e surrogata dalla detenzione non eccedente la durata di anni venti, non potesse approdare a coloro i quali fossero già stati condannati a quella pena in virtù del Codice penale del 1810, facendo cessare per essi la morte civile che secondo quel Codice (art. 18) conseguitava a tali condanne. Imperocchè, dice benissimo il Merlin, la morte civile di quelle persone era stata consumata in virtù dell'esecuzione di una sentenza; per farle rivivere civilmente, mentre quelle sentenze conservavano tutta la loro forza, sarebbe stato necessario che il citato decreto lo avesse espressamente ordinato, lo che esso non fece.

Soppresse le corporazioni religiose, e tolto ogni valor civile alle professioni di coloro che ne facevano parte, non vi ha dubbio che queste persone rientrano nella vita civile con tutti quei diritti che in questo momento loro possono spettare, e cessa così immediatamente quella specie di morte civile in cui esse trovavansi. Non possono però tali persone in virtù del loro ritorno alla vita civile pretendere quei diritti di cui potrebbero trovarsi attualmente in possesso se non avessero fatta la professione; chè altrimenti si darebbe effetto alla legge nuova in un tempo anteriore alla sua promulgazione, e si violerebbero

Digitized by Google

in questo modo i diritti acquisiti di quelle terze persone che in luogo dei religiosi professi avessero acquistato ciò che questi avrebbero potuto acquistare se ne avessero avuta la capacità. I giusti confini della retroattività della legge in discorso non possono in nessun caso essere difficili a stabilire. Non vi ha dubbio per esempio che fu soverchiamente riguardosa la legge francese del 26 marzo 1790, la quale, regolando l'applicazione della legge del 19 febbraio precedente che aveva soppresso le congregazioni monastiche, dispose che i religiosi usciti dai monasteri rimanessero incapaci di succedere, e non potessero ricevere mediante donazione o testamento se non rendite e pensioni vitalizie. Il diritto di succedere non è acquisito, come vedremo nel seguito dei nostri studi, prima della morte del *de cujus,* e per conseguenza non può essere nel novero di quei diritti, che il religioso uscito da una corporazione soppressa non può acquistare senza violare il diritto altrui. Soltanto sulle eredità già deferite prima della soppressione della corporazione, il religioso non può più avere alcuna giusta pretesa in virtù di quella soppressione. Infatti una legge francese posteriore alla dianzi citata, cioè una legge del 18 vendemmiale anno 2, derogando alla prima, dispose « che i già religiosi professi e le religiose venissero ammessi alle successioni cui fossero in seguito chiamati, in concorso cogli altri coeredi », la quale disposizione venne poi confermata dalle leggi del 9 fruttidoro anno 3, e del 3 vendemmiale anno 4. Lo stesso principio ha sancito anche la legislazione transitoria italiana del 1865 (v. Vol. I, pag. 119, i. n.) (1).

(1) *R. G.* 5, 2ª part., p. 322; D. *R.* 1, 9.

Digitized by Google

§ 7.

Dell'assenza.

L'assenza è uno stato personale, che la legge contempla e regola allo scopo di preservare i diritti sia strettamente personali, sia patrimoniali dell'assente; perciò le leggi che riguardano l'assenza fanno certamente parte delle leggi intorno allo stato personale. Qnesta proposizione si applica a qualunque legislazione intorno all'assenza, e in particolare anche a quelle legislazioni, come sono quasi tutte le odierne, le quali, contemperando i riguardi dovuti alla persona dell'assente con quelli che pur si devono all'intiera società, e specialmente col riguardo che i beni non possono essere lasciati per lunghissimo tempo senza un padrone noto e visibile, attribuiscono ai presenti certi diritti sui beni dell'assente, che limitano e diminuiscono i diritti di questo (1). Siccome le legislazioni di questa specie non diminuiscono in tal modo i diritti dell'assente se non dopo una certa durata dell'assenza, e quindi la salvaguardia di quei diritti considerano come scopo principale del regime dell'assenza, così, ad onta di tale circostanza, questo regime è veramente anche in esse legislazioni una parte del diritto di stato personale.

Ciò posto, non v'ha dubbio che *ogni nuova legge sull'assenza si deve applicare non soltanto alle assenze che si verificheranno dopo la sua attuazione, ma eziandio alle assenze cominciate prima, e che continuano dopo quel momento.* Questo principio è confermato anche da alcune legislazioni positive, fra le quali voglionsi annoverare la parmense del 1820 (v. Vol. I, p. 99, i. n.), la sarda del 1837 (p. 103, i. n.), e l'italiana del 1865 (p. 117, i. n.). La Corte d'appello di Poitiers in una decisione dell'11 piovoso

(1) Intorno ai vari modi di regolare l'assenza nel diritto civile, vedi i miei *Studi di legislazione civile comparata*, capit. IV. Milano, Lombardi, 1862.

Digitized by Google

anno 13 (1), e la Corte d'appello di Colmar in una decisione del 26 giugno 1823 (2) dichiararono che le regole prescritte dal Codice civile in materia di assenza debbonsi applicare anche alle assenze anteriori, ove gli effetti dell'assenza non siano stati fatti valere che dopo la promulgazione di detto Codice. Questo principio è giusto, ma non abbastanza generale, attesochè anche effetti di assenze anteriori, cominciati ma non finiti prima della emanazione della legge nuova, debbonsi uniformare alle disposizioni di questa. Veniamo ad alcune applicazioni.

Supponiamo che in una località governata da una legislazione, la quale al pari dell'austriaca, conservi agli assenti tutti i loro diritti, anche eventuali, fino all'avvenuta dichiarazione di morte (3), venga introdotto il moderno regime delle assenze secondo il C. N.; non vi ha dubbio che i beni degli assenti non ancora dichiarati morti diverranno oggetto, secondo i casi, o del possesso provvisorio, o del possesso definitivo degli eredi presuntivi, se questi ne faranno domanda. I beni invece degli assenti dichiarati morti, e già distribuiti definitivamente fra gli eredi presuntivi, rimarranno a costoro, perchè nel sistema della legislazione austriaca la dichiarazione di morte pone fine ai veri e propri effetti dell'assenza (4). Supponiamo invece il caso inverso; in questo caso non v'ha dubbio che soltanto il possesso definitivo accordato sotto la legge precedente agli eredi presuntivi dell'assente, verrà rispettato, e non il possesso provvisorio; imperocchè il primo pone fine ai veri e propri effetti dell'assenza, ed è vera e propria successione *mortis causa* anticipata, il secondo invece è un effetto dell'assenza cominciato

(1) *R. G.* 5, 2ª part., p. 3, 22; D. *R.* 1, 9.
(2) Ib.
(3) V. pag. 59, i. n.
(4) Anche la legge transitoria civile pubblicata nell'Umbria con decreto 26 novembre 1860 (art. 2) dichiara nulla essere innovato pel caso in cui la morte sia stata dichiarata a mente del § 1647 del Regolamento giudiziario pontificio del 10 novembre 1834.

Digitized by Google

e non finito quando venne attuata la nuova legislazione. Questa opinione è stata anche espressamente adottata in una legge transitoria dell'Annover (v. Vol. I, p. 81, i. n.) nell'occasione del ristabilimento dell'antico diritto annoverese, il quale, al pari dell'odierno diritto austriaco, conservava intatti tutti quanti i diritti degli assenti fino alla dichiarazione della morte di questi.

Nella prima però delle anzidette due ipotesi, in quella cioè della nuova introduzione del regime delle assenze secondo il C. N. e il Codice civile italiano, vuolsi por mente ad una interessante quistione. Come è noto (v. art. 26 Cod. civ. italiano), quel regime ammette al possesso provvisorio dei beni dell'assente quelle persone che sarebbero stati suoi eredi legittimi, se egli fosse morto nel giorno delle ultime notizie. Ora si domanda con qual legge debbansi quelle persone determinare, se per avventura nel giorno delle ricevute ultime notizie dell'assente fosse stata in vigore una legge successoria differente da quella sotto il cui impero devesi conferire il possesso provvisorio. Sembra sulle prime che delle due leggi debbasi preferire la prima, ripugnando che si considerino eredi legittimi al momento di una finta apertura della successione, persone che non lo sarebbero state, se l'apertura della successione fosse stata vera. Ma, ben riflettendo, quella opinione è erronea, e la seconda delle due leggi in discorso deve essere di preferenza applicata. Imperocchè lo scopo del così detto possesso provvisorio dei beni dell'assente, è in sostanza un avviamento a quella successione, che la legge deferisce agli eredi dell'assente col titolo di possesso definitivo. Ora questo possesso definitivo, introdotto nuovamente dalla legge, non può manifestamente essere accordato che a quelle persone, le quali dalla legge medesima sono considerate eredi legittimi. Queste stesse persone adunque devono anche ritenersi chiamate prima al possesso provvisorio, se, bene inteso, esistevano nel giorno delle ultime notizie dell'assente e in questo senso soltanto deve intendersi la espressione della

Digitized by Google

nuova legge: « quelle persone che sarebbero state eredi legittime nel giorno delle ultime notizie ». Questo giorno cioè designa unicamente le persone dei successori, ma non la legge successoria. Solamente se si provi la morte dell'assente in un'epoca anteriore alla legge nuova, devesi il diritto di successione legittima desumere dalla legge anteriore; ma tale ipotesi è estranea al regime delle assenze, e trattasi in essa di un vero e proprio diritto quesito di succedere, anteriore alla legge nuova, se anche la legge civile intorno all'assenza contempli il conflitto fra tale diritto e il possesso provvisorio o definitivo (Conf. art. 34, 39, Cod. civ. ital.).

Nel passaggio poi da un regime dell'assenza ad un altro affatto nuovo, si devono tener fermi quei parziali provvedimenti dell'antico regime, i quali per avventura siano comuni e convengano anche al nuovo. Così per es., la legislazione transitoria parmense del 1820 (art. 16, v. Vol. I, pag. 99, i. n.) conserva l'amministrazione dei beni degli assenti a quei tutori i quali ne fossero stati rivestiti secondo le antiche leggi, e ciò perchè il Codice civile parmense ha conservata la tutela degli assenti dichiarati, quantunque abbia adottato in pari tempo l'istituzione del possesso provvisorio dei beni loro per parte degli eredi presuntivi (1).

Così pure, nel passare da un regime dell'assenza ad un altro affatto nuovo, si può computare la durata dell'assenza anteriore alla nuova legge, per dar luogo a quegli effetti che la legge nuova fa dipendere da una certa durata dell'assenza. È questa una conseguenza di un principio da noi esposto e dimostrato nella Parte generale di quest'opera (v. Vol. I, p. 234). Retta-

(1) Anche la legge transitoria civile italiana del 1865 (art. 5) dichiara che il curatore od amministratore nominato giusta le leggi anteriori ai beni di un assente, continuerà nel suo ufficio, senza pregiudizio però dei diritti concessi dal nuovo Codice agli eredi presunti, che potranno essere dai medesimi esercitati, purchè siano decorsi i termini all'uopo stabiliti dal Codice medesimo.

Digitized by Google

mente perciò la Corte diCassazione di Parigi in una sentenza del 17 novembre 1808 (1) statuì che nel dichiarare l'assenza, dietro domanda presentata sotto l'impero del C. N., si potesse calcolare la durata dell'assenza anteriormente al Codice, per completare i quattro anni decorsi senza notizie dell'assente, che secondo quel Codice sono necessari per tale dichiarazione. Lo stesso principio è pur contenuto nella legge transitoria sarda del 1837 (v. Vol. I, pag. 103, i. n.).

Se invece di così importanti cambiamenti, come sono quelli accennati fin qui, la legge nuova modifica soltanto il precedente regime delle assenze, ma non lo trasforma, non v'ha dubbio del pari che gli effetti dell'assenza, già cominciati e non finiti, si dovranno, dopo la pubblicazione della legge nuova, modificare corrispondentemente a questa legge. Così, per esempio, decise rettamente la Corte d'appello di Rouen con una sentenza 7 dicembre 1840 (2) che l'erede presuntivo di un assente, al quale sia stato accordato il possesso provvisorio dei beni di questo, deve dar cauzione nonostante che al momento in cui l'assente scomparve o mandò le ultime sue notizie, avesse imperato una legge che non imponeva obbligo siffatto.

Soltanto i diritti patrimoniali definitivamente acquistati dai presenti sui beni dell'assente non possono essere rivocati da una legge nuova intorno al regime dell'assenza. Non osta la circostanza che tali diritti siano stati attribuiti come risolubili nel caso che l'assente ricompaia, imperocchè noi sappiamo (vedi Vol. I, pag. 230) che l'essere un diritto rivocabile di sua natura non esclude che possa dirsi acquisito, ove il fatto acquisitivo da cui esso proviene sia stato posto in essere per intero. Abbiamo osservato di sopra che il possesso definitivo dei beni dell'assente, accordato dal C. N. e da molti altri Codici, non

(1) *R. G.* 41, 2, 209.
(2) *R. G.* 9, 1, 104.

Digitized by Google

potrebbe essere tolto a chi lo avesse conseguito, ove, al sistema di quei Codici ne venisse sostituito un altro, secondo il quale quel possesso o non potesse affatto essere accordato o non fosse venuto ancora il tempo di accordarlo. Lo stesso dicasi rispetto ai diritti che sarebbero toccati all'assente e che fossero stati devoluti ad altre persone invece di lui, ove al regime dell'assenza secondo il C. N., subentrasse un altro il quale, al pari del Codice civile austriaco, prescrivesse che i diritti devoluti all'assente debbonsi acquistare in suo nome dal suo curatore fino a tanto che l'assente non sia stato dichiarato morto.

§ 8.

Delle differenze di sesso.

Nelle odierne legislazioni l'influenza del sesso sulla capacità e sulla condizione giuridica si riduce a ciò che le donne subiscono particolari limitazioni non tanto nella capacità di acquistare, quanto nella facoltà di disporre durante lo stato di matrimonio; all'infuori di questo stato, le donne hanno oggidì la stessa capacità di acquistare e di disporre che hanno gli uomini; la curatela o tutela del sesso in particolare (*sexus tutela*) è scomparsa affatto dalle legislazioni odierne. Nell'ipotesi però, meramente teorica (1) che la curatela o tutela del sesso venisse ristabilita, non v'ha dubbio che, in virtù del principio fondamentale del diritto transitorio personale, siffatta legge si applicherebbe immediatamente a tutte le donne esistenti, quand'anche elle avessero già raggiunta la maggior età. Questa è anche l'opinione di Savigny (p. 417), di Grandmanche de Beaulieu (p. 85), di Schmid (p. 121) e di Christiansen (p. 111). Quest'ultimo poi osserva giustamente che siffatta applicazione alle donne

(1) La curatela del sesso venne ristabilita a Lubecca dopo l'abolizione del C. N. (v. vol. I, pag. 69, in nota).

Digitized by Google

maggiorenni non violerebbe il diritto acquisito della maggior età (v. § seguente), ma soltanto ne limiterebbe gli effetti, essendo che da una parte la tutela non esclude la distinzione fra minore e maggiore età, ed è talvolta anche nelle odierne legislazioni applicata ai maggiorenni, d'altra parte noi sappiamo che, se i diritti acquisiti di stato personale non possono essere distrutti, i loro effetti possono essere modificati dalla legge con effetto immediato o retroattivo (v. sopra pag. 32).

§ 9.

Della minore e della maggiore età.

Nelle odierne legislazioni la minore età è la condizione giuridica di chi non ha ancor raggiunta l'età dalla quale la legge fa cominciare per regola generale la piena libertà di disporre e di obbligarsi, specialmente nel campo del diritto patrimoniale. La maggiore età è la condizione giuridica di chi ha raggiunto la detta età, oppure, indipendentemente da ciò, trovasi in una condizione dalla quale la legge fa provenire le stesse conseguenze giuridiche dell'età maggiore; tale è, per es., in alcune legislazioni lo stato matrimoniale. Durante la minor età l'individuo è sottoposto alla potestà patria o tutoria, oppure a quella di un curatore, se è stato emancipato; colla maggior età cessa nelle legislazioni odierne la potestà patria o tutoria, e l'autorità del curatore del minorenne emancipato. Mentre però la maggior età, considerata in contrapposizione all'età minore, è un concetto meramente negativo, perchè non racchiude altro se non appunto la cessazione dell'età minore, il concetto della minor età invece racchiude i reciproci diritti e doveri di chi ha la patria potestà e del figlio di famiglia, del tutore e del pupillo, del curatore e del minorenne emancipato. Noi ci riserviamo di parlare più avanti della patria potestà, della tutela, e dell'emancipazione; qui ci limiteremo a considerar la condizione del

Digitized by Google

minorenne primieramente in modo affatto generale, poi rispetto allo speciale argomento del passaggio dalla minore alla maggiore età.

In generale si può dire che, in virtù del noto principio fondamentale del gius transitorio personale, la condizione del minorenne è sempre regolata dalla legge attuale, può modificarsi cioè col mutare della legislazione. Imperocchè la minor età è una condizione personale sorta colla nascita per opera della legge, epperò non ha natura di diritto acquisito, ma è anteriore ad ogni diritto di questo genere (v. Vol. I, pag. 208 e seg.). Potranno quindi le nuove leggi anche peggiorare la condizione del minorenne, ogni qual volta ciò non implichi la cessazione di una vantaggiosa condizione personale, acquistata propriamente dal minorenne. Le applicazioni di questi principii noi vedremo nella esposizione del gius transitorio personale famigliare.

Qualunque siano però i cambiamenti della legislazione rispetto alla condizione giuridica dei minorenni, i singoli atti di un minorenne dovranno sempre essere giudicati secondo la legge che vigeva al tempo in cui furono posti in essere. È questa un'applicazione del generale principio di gius transitorio intorno alla capacità di chi pone in essere un rapporto giuridico qualunque (v. Vol. I, pag. 237). Conseguenza pratica di tal massima si è che la restituzione in intiero *ex capite minorennitatis* si deve sempre giudicare secondo la legge del tempo in cui venne costituito il rapporto giuridico, contro il quale la restituzione è domandata (v. anche Vol. I, pag. 360) (1). Propugna questo principio, fra gli altri scrittori, lo Schmid (pag. 120) (2).

(1) Questo principio è stato disconosciuto dalle leggi transitorie annoveresi (v. Vol. I, pag. 82, in nota).

(2) Ma se la legge nuova ha diminuito la durata della minor età, il termine per far valere la restituzione in intiero contro un atto posto in essere sotto l'impero della legge anteriore decorrerà certamente dalla cessazione della minor età secondo la legge nuova. — Corte d'appello di Parigi, 18 febbraio 1809 (*G. R.* 9, 2, 247; *C. N.* 1, 1, 932; D. *R.* 3, 687).

Digitized by Google

Anche l'applicabilità del S. C. Macedoniano ai mutui passivi contratti da minorenni si deve giudicare secondo la legge vigente al momento in cui venne contratto il mutuo di cui si tratta, e quindi nè si potrà, come bene osserva il Lassalle (pag. 257), applicare retroattivamente il suddetto senatoconsulto, nè potrà ritenersi valido un mutuo conchiuso in onta al medesimo, prima che venisse abolito, e in virtù di questa abolizione (v. anche Vol. I, pag. 120-291).

Nel determinare poi se un individuo sia minorenne o maggiorenne, punto veramente principalissimo nell'argomento di cui trattiamo, devesi certamente per massima generale applicare la legge attuale. Voglionsi però distinguere due casi: *a*) che la legge attuale faccia cominciare la maggior età prima che non lo facesse la legge precedente: *b*) che la legge attuale ritardi l'epoca della maggior età al di là del momento in cui la legge precedente la faceva cominciare. Nel primo caso non v'ha dubbio, e tutti gli scrittori ne convengono, ad eccezione del solo Herrestorff (1), che coloro i quali si trovino aver raggiunta l'età stabilita dalla legge nuova, al momento dell'attuazione di questa, devono essere considerati immediatamente come maggiorenni, e quelli che la raggiungeranno dopo quel momento, dovranno essere considerati tali non appena l'avranno raggiunta, senza aver riguardo alcuno, in ambedue le ipotesi, alla legge anteriore. Rispetto al secondo caso i giureconsulti non sono d'accordo in tutti i

(1) Herrestorff opina che i ventun anni compiuti prima della emanazione del C. N., non possono far considerare maggiorenne una persona dal momento dell'emanazione di questo Codice, in virtù dell'art. 488: che altrimenti si darebbe vigore alla legge in un tempo anteriore alla sua promulgazione: che per conseguenza tali persone devono rimanere in quella condizione nella quale si trovavano al momento di quella promulgazione. Pare impossibile che Herrestorff non abbia avvertito che la sua obbiezione starebbe soltanto se in virtù dell'art. 488 del C. N. si volesse considerare maggiorenne una persona fino dal momento in cui compiè il ventunesimo anno prima della nuova legge, lo che nessuno ha mai pensato.

Digitized by Google

punti. Tutti convengono, e non è certo possibile dubitarne, *a*) che prorogata l'epoca della maggior età, coloro i quali fossero ancor minorenni al momento dell'attuazione della legge nuova, rimangono tali fino alla cessazione della minor età secondo la legge nuova, ma discordano invece le opinioni sul punto *b*) se la proroga della maggior età abbia per effetto altresì di far ritornare nell'età minore coloro i quali fossero diventati maggiorenni in virtù della legge precedente. Coloro i quali opinano non potersi più perdere la condizione di maggiorenne una volta acquistata, limitano appunto in questo modo il principio generale che della minore o della maggiore età si debba decidere secondo la legge attuale. È questa una delle quistioni più discusse del diritto transitorio.

La prima occasione di discutere questa quistione l'offerse la legislazione della Provincia di Utrecht, nella quale l'antica massima che i maschi diventassero maggiorenni a ventidue anni, e le femmine a ventiquattro, fu abbandonata nel 1659, stabilendosi invece che tanto i maschi quanto le femmine diventassero maggiori di età a venticinque anni. Gli Stati Generali di quella Provincia dichiararono, con un rescritto del 1° giugno di quell'anno, che loro intenzione non era stata di rendere minorenni coloro i quali avessero raggiunta la maggior età secondo la legge antica al momento della pubblicazione della nuova. La stessa opinione venne poco dopo sostenuta in linea storica da Abramo da Wesel (ap. Merlin, loc. cit., pag. 241).

In seguito alla pubblicazione della legge francese del 20 settembre 1792, la quale introdusse la maggior età a ventun anni, surse in Francia la stessa quistione che era stata agitata in Utrecht, rispetto a qualche consuetudine francese, come, per esempio, quella di Normandia, la quale stabiliva la maggior età a vent'anni compiuti. Il Meyer (p. 47) fu dei primi scrittori che si pronunciarono in favore dell'opinione che la

Digitized by Google

proroga della maggior età faccia ritornare minorenni i già maggiorenni, ed anzi egli dice maravigliarsi che non vi sia concordia di opinioni su questo punto. La ragione che egli adduce si è che la tutela fu introdotta nell'interesse dei minorenni, ed è perciò uno stato favorevole a queste persone. Dopo Meyer la stessa opinione fu sostenuta da quasi tutti i giureconsulti francesi, fra i quali voglionsi citare il Blondeau (n. 4) (1), il Merlin (p. 241), il Mailher de Chassat (1, p. 259), il Grandmanche de Beaulieu (p. 54), il Demolombe (n. 45), e il Theodosiades (pag. 45 e 88). Qualche legislazione transitoria accettò la stessa opinione, per es. quella di Lubecca del 1814 (v. Vol. I, p. 64, in nota). Qualche giudicato venne pure a confermarla, e fra gli altri una sentenza della Corte d'appello di Torino del 17 maggio 1806 (2), la quale dichiarò ricaduti nello stato di minorenni in virtù dell'art. 488 del C. N., quegli individui i quali avessero conseguita la maggior età prima degli anni ventuno in virtù di qualche consuetudine. Non si può tuttavia ritenere che l'opinione in discorso sia la più conforme allo spirito ed alle tendenze della giurisprudenza francese, ove si rifletta alla massima generale contenuta nella già riferita sentenza della Cassazione di Parigi del 20 maggio 1806 (v. sopra pag. 12), ed eziandio alla massima prevalsa in tale giurisprudenza in una materia analoga alla presente, nella materia cioè della emancipazione dalla tutela, della quale ragioneremo in seguito (v. sotto § 10). Tutti poi i sunnominati scrittori francesi ripetono l'argomento addotto dal Meyer. Il Merlin, per es., dice (l. c.) che il legislatore, facendo ridi-

(1) Il Blondeau pone in questo luogo il seguente principio generale: « le leggi che determinano in quali circostanze un individuo è incapace di amministrare i propri diritti o di adempiere le proprie obbligazioni, e quelle che nell'interesse delle persone incapaci stabiliscono misure conservatrici, devono ricevere un'applicazione immediata ».

(2) *R. G.* 7, 2, 11, 147. Il Meyer cita pure (l. c.) una sentenza della Corte d'appello di Nimes del 24 brumaio anno 13, la quale stabilisce la stessa massima.

Digitized by Google

ventare minorenni i già maggiorenni, si vale del diritto che gli spetta di proporzionare nei cittadini la libertà di esercitare i propri diritti al grado e all'estensione delle loro facoltà intellettuali, e che, siccome non v'ha ingiusta retroattività nel sottoporre ad interdizione in virtù di una nuova legge un maggiorenne che gode della pienezza della sua libertà, così non ve ne può essere nel far ritornare un maggiorenne nello stato di minorenne in virtù di una legge nuova. Taluni poi, e per esempio il Merlin, adduce altresì un argomento di analogia, desunto dal diritto internazionale privato. Come il cambiamento di domicilio, per consenso di valenti giureconsulti, e fra gli altri del Rodemburg, del Lauterbach, di Paolo Voet (ap. Merlin, p. 240), fa sì che la minorità cessi e la maggior età si acquisti quando lo determina la legge vigente nel nuovo domicilio, così, osserva il Merlin, per analogia, anche il cambiamento di legislazione nel medesimo domicilio potrà avere per effetto di anticipare o di ritardare, od anche di far cessare lo stato di maggiorenne. Fra gli scrittori tedeschi l'opinione del Meyer e del Merlin ha pure avuto non pochi seguaci, fra i quali voglionsi ricordare Bergmann (pagina 173), Weber (p. 85) (1), Daniels (2), Hiersemensel (3), Holzschuher (4) e Unger (p. 141-132).

L'opinione opposta alla precedente, già accettata dagli Stati Generali di Utrecht e da Abramo da Wesel, ha trovato parecchi fautori anche nel nostro secolo. Nel 1826 essa venne propugnata dallo Spandaw in un'apposita dissertazione (5).

(1) Induciamo questa opinione del Weber dalla sua asserzione: che le leggi sullo stato personale siano ingiustamente retroattive allora soltanto quando si applichino per giudicare della validità di atti o rapporti giuridici posti in essere precedentemente.

(2) *Lehrbuch*, I, 156 (ap. Lassalle, p. 381).

(3) *Ergänzungen zum Allg. Landrecht*, 1, 47 (ib.).

(4) *Casuistik*, 1, p. 42, art. 24 (ap. Unger).

(5) *De statu personae majorennibus jure gallico tributo, post promul-*

Digitized by Google

Dei sostenitori però di tale opinione il più autorevole fu certo il Savigny. Secondo questo (pag. 415), la maggior età è un diritto acquisito al momento in cui è stata raggiunta, e il farvi ritornare coloro che ne sono usciti sarebbe ingiusta retroattività. L'opinione del Savigny è stata ripetuta dal Pinto (pag. 138), dal Vangerow (1, pag. 69), dallo Schmid (pag. 120) e dal Christiansen (p. 41). Essa è stata anche seguitata dalla maggior parte delle legislazioni, e fra le altre dalla legislazione transitoria oldemburghese del 1814 (v. Vol. I, p. 88, in nota), dalla prussiana di quello stesso anno per le province al di là dell'Elba (ap. Savigny, pag. 416), e del 1817 per Erfurt e Wandersleben (*ib.*), dal Progetto di Codice civile pei Paesi Bassi (art. 32, 33) (1), dalla legislazione austriaca nella Patente del 20 aprile 1815 (art. 4), la quale conservò la maggior età a quegli abitanti del Regno Lombardo-Veneto e del Regno d'Illiria che l'avessero conseguita a ventun anni compiuti secondo il C. N., dal Decreto del Commissario Imperiale del 14 febbraio 1848 per lo stesso regno e rispetto a coloro che fossero diventati maggiorenni a ventun anni per decreto dei Governi Provvisorii, e finalmente dalla Patente di Promulgazione (art. XII) del Codice civile austriaco nella Transilvania (2). Anche la legge transitoria sarda del 1837 conservò (art. 4; v. Vol. I, pag. 103, in nota) la maggior età a chi l'avesse conseguita a tenore del Codice Napoleone.

gatum novum codicem belgicum non tollendo, sed lege transitoria ipsis confirmando. Groninga (ap. Pinto, p. 145).

(1) V. Pinto, p. 139, art. 32: « lo stato delle persone e delle cose è giudicato secondo la legge presente »; art. 33: « questa regola però non ha effetto rispetto allo stato delle persone e delle cose, che sia stato già irrevocabilmente acquistato prima della presente legge. Così colui il quale è diventato maggiore d'età secondo una legge anteriore, rimane tale, benchè la legge nuova prolunghi la durata della età minore ».

(2) Però la citata Patente del 20 aprile 1815, e quella del 23 marzo 1852 per Cracovia stabiliscono che la maggiore età speciale per la conclusione del matrimonio deve essere giudicata secondo la legge nuova (v. Unger, p. 131, nota 6 in fine).

Digitized by Google

Fra le due opposte opinioni surriferite ne fu immaginata e propugnata anche una terza, consistente nel ritenere inviolabile la maggior età acquisita mediante un fatto positivo, come sarebbe per es. una dichiarazione giudiziale, una concessione sovrana, la conchiusione di un matrimonio, e nel ritenere invece che la maggior età, conseguita altrimenti, per es. pel solo compimento di una età determinata, debba cessare in coloro che non abbiano ancor raggiunta l'età fissata dalla legge nuova. Questa opinione ebbe per principale suo fautore il Lassalle (pag. 74, 266 e 391). La maggior età semplicemente conseguita pel raggiungimento di una certa età non è per questo scrittore un diritto acquisito, e in ciò egli non fa che applicare la sua dottrina fondamentale che i diritti acquisiti presuppongono atti positivi dell'umana volontà (v. Vol. I, pag. 171 e segg.). Propendono verso la stessa opinione il Duvergier (p. 11 e segg.), e il Kalindero (pag. 73). L'opinione di questi scrittori è certamente la meno seguìta, e non venne sinora sanzionata da nessuna legislazione positiva.

Noi siamo dell'opinione che la maggior età, una volta acquistata, non può più essere tolta da una legge posteriore senza ingiusta retroattività. A noi pare che chi non considera la maggior età, una volta conseguita, come diritto acquisito, sia necessariamente condotto a negare la stessa tesi generale dimostrata sopra, e accettata da tutti i giureconsulti, che nel campo del gius personale vi devono essere e vi sono diritti acquisiti. Infatti la ragione principale che si adduce onde propugnare la retroattiva applicazione di una legge che proroga l'epoca dell'età maggiore, è l'asserire che legge siffatta ha di mira il bene dell'individuo e gli è quindi vantaggiosa; or bene, se questa ragione bastasse, non vi sarebbe condizione personale che la legge nuova non potrebbe sovvertire, appunto perchè a qualunque sovvertimento di questo genere si può sempre attribuire lo scopo e l'effetto di migliorare realmente,

Digitized by Google

se non apparentemente, la condizione personale dell'individuo. Chi però ammette in generale l'esistenza di diritti acquisiti nel campo del diritto personale (v. sopra p. 34) non deve in concreto riconoscere un di quei diritti tutte le volte che la legge, attribuendo ad un individuo uno stato personale, ne migliora realmente la condizione: e come si può negare che tale sia lo scopo ed il carattere della legge che, dati certi fatti, attribuisce al cittadino la maggior età? Egli è vero che la legge non riconosce il cittadino per maggiorenne a una data età, se non perchè le esigenze del pubblico ordine, e specialmente il dovere di difendere l'individuo contro i pericoli della intellettuale e morale immaturità, lo permettono e consigliano, ma egli è vero non meno che il cittadino, una volta diventato maggiorenne, ha acquistato verso tutti gli altri un perfetto diritto ad essere trattato come tale, e che nello affermare e nel sostenere questo diritto anche di fronte al legislatore egli si trova nella stessa situazione come se difendesse qualunque altro diritto acquisito, potendo egli addurre anche in quel caso la più grave delle ragioni che ostano alla ingiusta retroattività, la ragione cioè che, scemato il rispetto ai diritti acquisiti, diventa impossibile al cittadino il fare assegnamento sulla propria condizione giuridica, benchè posta in essere conformemente alla legge. Per qual motivo il legislatore dovrà far pesare sul cittadino le conseguenze dei propri errori, se improvvida fu la legge abolita, più nelle materie di stato personale, che nelle altre? Si pensi che un vantaggioso stato personale, quello di maggiorenne in particolare, è un grado di dignità civile, la perdita del quale è certamente dolorosa, ed è quindi inconveniente non minore dei vantaggi che i fautori della retroattività in discorso crederebbero derivarne.

Rispetto poi all'essere la maggior età un diritto perfettamente acquisito per la maniera in cui viene conseguita, noi non ne possiamo dubitare, in virtù delle cose dette su questo

Digitized by Google

punto nella parte generale della presente opera. Noi abbiamo dimostrato che un diritto si acquista o per opera dell'uomo o per virtù della legge, in seguito ad un fatto acquisitivo, posto in essere dall'umana volontà, oppure altrimenti accaduto, a cui la legge attribuisce l'effetto di far nascere un diritto. Or bene la maggior età talvolta è diritto acquisito per opera dell'uomo, come per es. quando proviene dal matrimonio, talvolta lo è per opera della legge, come per es. quando siasi raggiunta una data età, se pure in questo secondo caso eziandio non si voglia scorgere un acquisto per fatto dell'uomo, riflettendo che il raggiungimento dell'età voluta per essere dichiarato maggiorenne non basta ove il minorenne non siasi altresì condotto in modo da non demeritarsi il nuovo suo stato, e quindi implica in certo modo anche il fatto dell'uomo. Nell'un caso e nell'altro essa è dunque un diritto perfettamente acquisito. Non ha quindi, a nostro credere, nessun fondamento la distinzione proposta da Lassalle e da altri, fra la maggiorità conseguita col matrimonio o per concessione sovrana, e quella conseguita pel solo fatto naturale di aver raggiunto una età determinata; la dottrina del Meyer, del Merlin, e dei loro seguaci è assolutamente erronea, da qualunque lato la si consideri, e neppure in parte può essere accettata. Questa medesima osservazione era stata fatta prima di noi dal Pinto (pag. 138), le cui parole non stimiamo inutile riferire. « Una volta, egli dice, che è com-
« piuto il fatto dal quale la legge fa provenire un dato stato e
« una data capacità, egli è affatto indifferente che questo fatto
« abbia la sua ragione d'essere nella libera volontà dell'uomo,
« oppure in un avvenimento fortuito, non avendo questa di-
« stinzione alcun fondamento nel diritto. Forse che l'erede *ab*
« *intestato*, investito della successione, ha un diritto meno per-
« fettamente acquisito dell'erede contrattuale? Eppure nel
« primo caso il diritto emana per opera della legge dal caso
« fortuito della parentela col defunto, e nel secondo caso emana

Digitized by Google

« da un contratto posto in essere dall'umana volontà. Ciò che « vale pel diritto acquisito sui beni, dee valere certamente « anche per un diritto acquisito ad una qualità personale, che « la legge connette al compimento di un fatto qualunque ».

I fautori dell'opinione da noi combattuta obbiettano, come già notammo, l'analogia dei principii del diritto internazionale privato. Noi abbiamo già additato nella parte generale di quest'opera (vedi Volume I, pag. 135 e seguenti) le profonde differenze che intercedono fra le quistioni sorte dalla collisione fra le diverse leggi cui una persona successivamente si sottopone, mutando domicilio, e quelle sorte dalla collisione fra le diverse leggi che si succedono in un medesimo luogo, e da tali differenze noi abbiamo dedotto che l'analogia del così detto diritto internazionale privato non può essere invocata come argomento nel campo delle quistioni transitorie; stimiamo quindi superfluo il venir qui parzialmente confutando la suddetta obbiezione. Giustizia vuole però che noi ricordiamo aver già il Mailher de Chassat (1, pag. 259-260) avvertita l'insussistenza dell'argomento che Merlin ed altri desumono dall'analogia dei cambiamenti di domicilio. Colui, dice benissimo il Mailher de Chassat, il quale, cambiando domicilio, non può diventar maggiorenne che ad una età più remota, fa il sacrificio volontario del suo diritto; la legge invece, indipendentemente da qualunque volontà individuale, regola lo stato personale secondo le esigenze del pubblico bene. È questa in sostanza la differenza che noi pure avvertimmo fra le questioni internazionali private e le questioni transitorie in generale, se non che il Mailher de Chassat credette che l'intendimento di una nuova legge che proroghi la maggior età sia quello di toglierla a coloro che già l'avessero conseguita, lo che a noi sembra un errore. Noi non indagheremo del resto se veramente nel diritto internazionale privato il cambiamento di domicilio sottoponga l'individuo alla legge personale del luogo in cui egli

Digitized by Google

si è ultimamente domiciliato; mentre il Merlin e il Lassalle ed altri ritengono l'opinione affermativa, il Savigny invece (p. 168), e prima di lui Hert (ap. Savigny, l. c.) e Bornemann (*ib.*) pensano il contrario (1).

§ 10.

Della tutela e della emancipazione dalla tutela.

La tutela è uno stato di sottoposizione di un individuo ad un altro, allo scopo che il secondo protegga il primo e ne diriga la condotta al bene, e in pari tempo ne amministri i diritti e gli interessi. Questo stato di limitata capacità giuridica è attribuito dalla legge a tutte quelle persone le quali, o per ragione di età, oppure, anche essendo maggiorenni, per insufficienza intellettuale sono considerate come affatto incapaci di governare da sè la propria vita e i propri beni. Qualunque siano le persone sottoposte a tutela, i principii di legge che regolano questo stato, cioè i diritti e i doveri reciproci del tutore e di chi è sottoposto a tutela, sono quasi sempre i medesimi; per questo motivo nel presente paragrafo noi intenderemo riferirci contemporaneamente alla tutela dei minorenni e a quella dei maggiorenni. Le questioni speciali però che riguardano la prima, noi tratteremo nel presente paragrafo, e quelle invece che riguardano la seconda considereremo in un paragrafo successivo, destinato al tema della interdizione.

Principio fondamentale del gius transitorio rispetto alla tutela è il seguente: *le nuove leggi intorno alla tutela si applicano immediatamente alle tutele già aperte, e a tutte le persone esistenti le quali si trovano nelle condizioni contemplate dalla legge.*

(1) Il Savigny (ib.) cita anche in appoggio una convenzione fra la Prussia e la Sassonia dell'anno 1821. Egli però non si fa carico della contraria opinione di Lauterbach, Rodemburg e Paolo Voet (v. sopra pag. 70).

Digitized by Google

Convengono generalmente i giureconsulti in questo principio, e fra gli altri Savigny (pag. 504), Schmid (pag. 141), Grandmanche de Beaulieu (pag. 53), e Theodosiades (pag. 88). Ne dissente Herrestorff (pag. 216, 217), e questa sua opinione è analoga a quella da lui professata intorno all'influenza delle leggi nuove sulla minore e sulla maggiore età (v. sopra pag. 67). A quel principio generale però noi aggiungeremo una clausola, nella quale non convengono del pari tutti i giureconsulti, ma che implica un principio da noi dimostrato nel paragrafo precedente, la clausola cioè che l'applicazione immediata di una legge nuova sulla tutela non può avere per effetto di far ridiventare minorenni le persone che avessero raggiunta in qualunque modo la maggior età (v. § prec.).

Il suesposto principio non può essere rettamente applicato alle varie questioni del gius transitorio tutelare, ove non si distinguano anzitutto i differenti lati dell'istituto della tutela, e a quest'uopo noi considereremo partitamente: *a*) la costituzione e l'ordinamento della tutela, *b*) l'amministrazione tutelare, *c*) la cessazione della tutela.

Della costituzione e dell'ordinamento della tutela. — In tutti i casi nei quali la nuova legge costituisce la tutela, vi devono essere sottoposte tutte le persone esistenti, le quali si trovino in uno qualunque di tali casi. Se, per esempio, la legge nuova introduce la tutela del prodigo invece della semplice curatela, non v'ha dubbio che i prodighi sottoposti a curatore già prima della emanazione della nuova legge, dovranno mutare stato, e per la stessa via per la quale avevano ottenuto un curatore, verranno sottoposti ad un tutore.

Ella è quistione molto dibattuta se si debbano riconoscere le emancipazioni dei minorenni avvenute sotto la legge precedente, in modi che la legge nuova non riconosce. Questa quistione surse in Francia in seguito alla pubblicazione del C. N., poichè questo Codice sottopone alla tutela, o del genitore su-

Digitized by Google

perstite o degli ascendenti o di persona nominata dal consiglio di famiglia, quei minorenni i quali siano usciti dalla patria podestà senza essere stati emancipati dal padre, mentre secondo il Diritto Romano vigente nelle provincie della Francia dette di diritto scritto *(pays de droit écrit)* erano esenti dalla tutela quei minorenni usciti dalla patria podestà per la morte del padre, i quali avessero raggiunta la pubertà. Si domandò se i minorenni diventati puberi dopo la morte del padre nelle province di diritto scritto, dovessero o no andar sottoposti alla tutela, conformemente al disposto del Codice Napoleone.

Questa quistione si connette coll'altra più generale, se la legge nuova intorno ai modi di emancipazione dei minorenni dalla tutela si possa applicare retroattivamente, facendo ritornare nello stato di tutela chi ne fosse uscito mediante un modo di emancipazione non più ammesso dalla legge. Evidente è l'analogia di questa quistione con quella precedentemente trattata intorno alla efficacia retroattiva di una legge, la quale non ammetta la maggiore età in qualche caso in cui l'ammetteva la legge precedente. Si comprende quindi che quei giureconsulti, i quali opinano dover ritornare in minor età quei maggiorenni i quali non abbiano ancor l'età prescritta dalla legge nuova per uscire dall'età minore, opinino altresì dover ritornare in tutela il minorenne che ne sia stato emancipato in un modo che la legge attuale più non ammette, e adducano dell'una opinione e dell'altra consimili ragioni. Non vi ha dubbio, per es., che le espressioni generali del Blondeau da noi riferite precedentemente (v. sopra pag. 69, nota 1), si applicano non meno alla seconda quistione che alla prima, e così infatti le intende anche il Merlin (l. c., p. 242). Più esplicitamente ammettono in termini generali la retroattività delle nuove leggi intorno ai modi di emancipazione il Merlin (p. 241), il Grandmanche de Beaulieu (p. 53) e il Theodosiades (p. 88). Il Kalindero (p. 73), coerentemente ad una distinzione da lui fatta

Digitized by Google

a proposito della maggior età, e da noi precedentemente riferita (v. sopra pag. 72), opina che, se il minorenne fu emancipato individualmente ed espressamente, continua a rimanere *sui juris*, quand'anche la legge nuova non ammetta più il modo in cui avvenne l'emancipazione, oppure, ammettendolo, ritardi l'età e le condizioni alle quali possa accadere; se invece il minorenne fu emancipato in modo tacito e per sola virtù di legge, come, per es., per avere conseguita una carica o raggiunta una età determinata, venga sottoposto a tutela in virtù della legge nuova. Lo stesso autore soggiunge poi che l'emancipazione, ottenuta mediante il matrimonio, ha natura di espressa ed individuale, e per conseguenza non può essere distrutta dalla legge nuova. Anche il Lassalle (pag. 76), coerentemente ad una distinzione da lui fatta e da noi riferita precedentemente a proposito della maggior età (v. sopra pag. 72), opina che la legge nuova non possa far cessare l'emancipazione dalla tutela, quando la medesima sia stata conseguita mediante atti volontari del minorenne, lo possa invece quando sia stata raggiunta unicamente in virtù di una certa età fissata dalla legge. — Le leggi transitorie sono discordi nell'attuale quistione. Alcune, come per es. la parmense del 1820 (v. Vol. I, pag. 99, in nota), e l'estense del 1852 (*ib.* pag. 107, in nota), conservano ai minorenni l'emancipazione dalla tutela da essi conseguita sotto leggi precedenti, altre invece, come per esempio le leggi transitorie annoveresi del 1814 e del 1815 (*ib.*, pag. 82, in nota), e la legge transitoria sarda del 1837 (art. 10, *ib.*, pag. 104, in nota), li fanno tornare in tutela se la legge nuova non ammette il modo in cui vennero emancipati in virtù della legge anteriore.

Le ragioni addotte dalla maggior parte degli scrittori che propugnano la retroattività delle nuove leggi intorno ai modi di emancipazione dalla tutela, sono le stesse colle quali i medesimi sostengono la retroattività della legge che ritarda l'e-

Digitized by Google

poca dell'età maggiore (v. § precedente), e la principale si è che le nuove leggi intorno all'emancipazione devonsi intendere aver di mira in realtà, se non anche in apparenza, una miglior protezione delle persone a cui si riferiscono. Noi pure risolveremo la questione in discorso analogamente a quanto dicemmo intorno alla inviolabilità dello stato di maggiorenne, una volta conseguito.

Per noi *lo stato di emancipazione in generale, e dalla tutela in particolare, è un diritto acquisito, come lo è lo stato di maggiorenne; l'uno e l'altro sono gradi di capacità conseguiti conformemente alla legge, e devono quindi essere egualmente rispettati dalla legge nuova.* Sta bene che la nuova legge, ritardando l'epoca della emancipazione dalla tutela, o non ammettendo qualche altro caso di emancipazione ammesso dalla legge precedente, abbia di mira, al pari di questa, il bene dei minorenni, e soltanto creda di proteggerli meglio, ma ciò non impedisce che ogni qualvolta la legge riconosce in un minorenne la qualità di emancipato, intende di conferirgli un grado di civile dignità che non aveva, e quindi un vantaggio che può essere substrato di un vero diritto acquisito. La distinzione poi fra le emancipazioni tacite e le espresse non regge, come dimostrammo non reggere la distinzione fra la maggior età acquistata in modo tacito e quella acquistata in modo espresso, e per le medesime ragioni da noi addotte in quella occasione.

Nel caso particolare, di sopra mentovato, della introduzione della tutela dei minorenni orfani di padri e puberi, in un paese dove la pubertà facea cessare la tutela di tali persone, noi siamo d'avviso che i minorenni già puberi al momento in cui quella legge venne introdotta, non possano venire sottoposti di bel nuovo a tutela. L'emancipazione prodotta sia dal raggiungimento della pubertà, se il padre morì durante l'impubertà del figlio, sia dalla stessa morte del padre, se il figlio diventò pubere quando era sottoposto alla podestà patria, sem-

Digitized by Google

brano a noi doversi considerare del pari come diritti acquisiti e inviolabili. Non ci smuove da questa nostra convinzione l'autorità degli scrittori citati dianzi rispetto alla quistione generale, cui la presente speciale si connette, e di quelli che nella quistione presente sostengono l'opinione contraria alla nostra, quali sono per es. il Proudhon (*Cours de droit français*, chap. 4, sect. 1, n. 6, ap. Merlin, p. 242), il Merlin (*ib.*), e il Mailher de Chassat (1, p. 261-262). Imperocchè le ragioni addotte da questi scrittori nell'attuale questione non sono per lo più che applicazioni della generale loro premessa, da noi combattuta, che la nuova legge, abolendo qualche caso di emancipazione ammesso dalla legge precedente, intenda meglio provvedere ai bisogni e agl'interessi delle persone che essa concerne. Soltanto il Proudhon argomenta in modo riciso e tutto formale dal principio che le leggi sullo stato e sulla capacità personale si applicano retroattivamente, cioè immediatamente a tutte le persone esistenti, principio che egli poi non determina nè limita mediante il concetto del diritto acquisito personale. « L'emancipazione, egli dice, impedisce che il minore, il quale ha oltrepassati i quindici anni, ricada sotto la podestà della madre, perchè la legge attuale gli permette allora di essere *sui juris*, ma se, avendo meno di quindici anni, il minorenne fosse stato emancipato sotto la legge precedente, egli dovrebbe ricadere sotto la podestà tutoria della madre, perchè la legge nuova non gli permette di essere *sui juris* a quella età ».

Ma se la nostra opinione ha contro di sè l'autorità di parecchi autorevoli giureconsulti, non le è mancato però più di una volta il suffragio di autorevoli tribunali, e della stessa Corte di cassazione di Parigi. Notevole fra le altre è la sentenza della Corte d'appello d'Aix del 19 frimaio, anno 13 (1), la quale statuì che un minore dei paesi di *diritto scritto*, uscito di tutela prima della emanazione del C. N., per avere raggiunta

(1) *R. G.* 5, 2, 121; *C. N.* 2, 2, 9; D. *R.* 12, 693.

Digitized by Google

la pubertà, poteva sotto l'impero di quel Codice stare in giudizio colla sola assistenza del suo curatore, senza che la madre avesse diritto di rappresentarlo come tutrice. I considerandi di questa sentenza ci paiono meritevoli di essere riferiti.

« Considerando che il Codice civile ha proclamato come principio fondamentale, che la legge non dispone che per l'avvenire, cioè non ha effetto retroattivo, effetto che bisognerebbe attribuirle, per far ritornare sotto la podestà dei genitori il minore che la legge ne aveva liberato, e il quale aveva goduto per parecchi anni di questa libertà; considerando che la distinzione fra gli statuti personali e gli statuti reali non è salda, perchè la legge non distingue, e perchè il principio generale che le leggi non sono retroattive (1) non può essere arbitrariamente limitato; che lo stato civile, essendo un diritto non meno prezioso della proprietà dei beni mobili ed immobili, ciò che la legge dichiara non potersi fare rispetto alla proprietà, non può essere a più forte ragione permesso rispetto allo stato civile; considerando essere sofisma il dire che non vi ha effetto retroattivo soltanto ove non si annullino gli atti fatti precedentemente dal minorenne assistito dal suo curatore, e non lo si obblighi a restituire alla madre i frutti percepiti; — considerando esservi effetto retroattivo tutte le volte che si toglie ad un cittadino un diritto acquisito, e si fanno ritornare le cose nello stato donde sono uscite; che non bisogna del resto confondere l'esercizio del diritto col diritto in sè medesimo; che non si retroagisce sull'esercizio del diritto sia quando non si annullano gli atti che sono stati fatti, sia quando non si pretende la restituzione dei frutti percepiti; ma che si retroagisce sul

(1) Rammentiamo che le espressioni: retroattivo, retroattività sono adoperate dai giureconsulti francesi in un significato differente da quello in cui noi lo prendiamo in quest'opera. Per noi la retroattività non è per sè sola una ingiustizia, e quindi quella che i Francesi chiamano retroattività in senso odioso, noi chiamiamo piuttosto ingiusta retroattività (v. Vol. I, pag. 9-10).

Digitized by Google

diritto acquisito, quando lo si estingue; che nel caso attuale si tratta di far cessare il diritto acquisito dal minore divenuto capace in paese di diritto scritto di godere dei propri beni, e di fare certi atti coll'assistenza del curatore; che si altera e si snatura il suo stato col togliergli la facoltà di litigare colla sola assistenza del curatore che egli si è dato, e di disporre senza il concorso di chicchessia, se non della proprietà fondiaria, almeno dei frutti e dei redditi di questi beni; — considerando che non si può addurre in questo caso l'analogia dell'autorizzazione richiesta per le mogli rispetto ai loro beni parafernali; che non è certo che secondo lo spirito della legge del 26 ventoso anno 11 questa autorizzazione sia necessaria alle donne maritate prima di questa legge in un paese di diritto scritto; d'altronde questa autorizzazione è una protezione voluta dalla debolezza del sesso, mentre nel caso attuale si tratterebbe di togliere al minore in un col suo stato il godimento delle sue proprietà; la prima legge essendo favorevole può essere interpretata estensivamente; la seconda, avendo il carattere opposto, deve essere ristretta nei limiti che essa si è dati; — considerando non esservi nella legge alcuna disposizione, dalla quale si possa indurre che sia stata mente del legislatore di far decadere il minore dei paesi di diritto scritto, dal diritto acquistato coll'emancipazione prodotta dalla morte del padre; che l'articolo 372 del Codice Napoleone, dicendo che il figlio *rimane* sotto l'autorità del padre o della madre fino alla maggior età, o finchè non sia stato emancipato, suppone necessariamente che non sia divenuto *sui juris* prima che la legge venisse attuata, chè in questo caso bisognerebbe piuttosto farlo *ritornare* sotto la patria podestà, e non potrebbe *rimanere* sotto un'autorità dalla quale la legge l'avrebbe trovato sciolto; che l'art. 384 dispone evidentemente soltanto per l'avvenire, perchè dice: e il padre e la madre, e il superstite di loro *avranno* il godimento, ecc.; — considerando che, dopo aver deferita la tutela

Digitized by Google

alla madre, la legge permette al padre, nell'art. 391, di modificarne l'esercizio col dare alla madre un consulente speciale, senza il cui avviso ella non potrà fare alcun atto relativo alla tutela, e che questa disposizione, la quale non poteva essere eseguita che nelle tutele future, esclude ogni applicazione della legge alle tutele anteriori; che il padre di famiglia, il quale preferiva di lasciare al suo figlio minorenne l'amministrazione dei suoi beni, piuttosto che darne l'usufrutto alla madre, non avrebbe mancato di far uso della facoltà conceduta dall'art. 391, se avesse preveduto che contro la sua intenzione la vedova godrebbe del suo patrimonio di preferenza al figlio; di modo che, applicandosi ai minori dei paesi di diritto scritto, la legge nuova commetterebbe una doppia ingiustizia, di contraddire la volontà del padre e di applicare ai minori la legge che nuoce ai loro interessi, mentre si potrebbe farli fruire della parte che loro è vantaggiosa; — considerando che la quistione, essendo stata proposta al Gran Giudice, Ministro della Giustizia, nel caso appunto di un minore di una provincia di diritto scritto, che si supponeva essere caduto in istato di tutela e sotto la podestà della madre dopo la pubblicazione del Codice, il Ministro, al quale i principii del Diritto romano sono altrettanto famigliari quanto le leggi nuove, non esitò a rispondere che la legge non disponeva che per l'avvenire, e non toglieva al minore alcuno dei diritti che egli aveva acquistati prima in virtù delle leggi antiche, ecc. ».

Non tutti i surriferiti considerandi si possono certamente ritenere scientificamente importanti, nè concludenti; e noi non possiamo censurare le critiche fatte dal Merlin (p. 243) a molti di essi, e specialmente a quelli desunti dalle disposizioni testuali del Codice Napoleone; ma giustissime ci sembrano le cose dette dalla Corte intorno al rispetto dei diritti acquisiti nella materia dello stato personale. Anche il paragone fatto dalla Corte fra la retroattività della legge sulla tutela dei mi-

Digitized by Google

norenni e quella della legge che introduce l'autorizzazione maritale ci sembra erroneo, sia perchè, come bene osserva il Merlin, la questione sull'effetto retroattivo della seconda legge, se non era ancor decisa affermativamente quando la Corte di Aix emanava il suo giudicato, lo poteva essere però in seguito, come infatti lo fu, e noi vedremo più sotto; sia perchè la retroattività di tal legge può e deve essere ammessa, come noi dimostreremo pure in seguito, senza contraddire menomamente alla non retroattività della legge sulla tutela dei minorenni.

Contraddicono al riferito giudicato della Corte di Aix una sentenza della Corte di Nîmes del 24 brumaio anno 13 (1), una della Corte di Montpellier del 3 fruttidoro dello stesso anno (2), ed una della Corte di Torino del 17 maggio 1806 (3), ma la seconda di queste sentenze venne cassata dalla Corte di cassazione di Parigi con sentenza del 6 aprile 1808 (4) per le seguenti ragioni. « Atteso l'art. 390 del Codice civile, dal quale risulta che i figli minorenni non devono cadere sotto la tutela del padre o della madre loro, se non quando non siano stati emancipati; atteso che nella fattispecie Fanny Veyrans, essendo pubere al momento della pubblicazione del titolo 10 del Codice civile, e per conseguenza riputata emancipata, non era soggetta alla tutela di diritto stabilita da questo articolo, e che la Corte di Montpellier, coll'annullare la sentenza emanata contro la suddetta Fanny Veyrans ha falsamente applicato l'art. 390 del Codice civile, e contravvenuto all'autorità della cosa giudicata, cassa ecc. ».

Mentre i nuovi casi di tutela non si applicano a quei minorenni i quali prima dell'emancipazione dalla nuova legge fos-

(1) D. *R.* 12, 728; *C. N.* 2, 2, 3.

(2) Citata dal Mailher de Chassat (1, pag. 262).

(3) *R. G.* 7, 2, 1047. Questa sentenza dichiarò revocato il compromesso sottoscritto da un maggiorenne ridiventato minorenne dopo la promulgazione del Codice civile.

(4) *R. G.* 8, 1, 211; *C. N.* 2, 1, 511; D. *R.* 12, 694.

Digitized by Google

sero stati emancipati in qualunque modo, non v'ha dubbio invece che si applicano retroattivamente a quei minorenni, pei quali la sottoposizione a tutela costituisce un miglioramento del loro stato personale. Se per es. ad una legge la quale attribuisce alla madre vedova la patria podestà sui figli minorenni (1), sottentrasse un'altra, la quale non le attribuisse che la podestà tutoria, si cambierebbero immediatamente in tutrici quelle madri le quali al momento dell'attuazione della legge nuova si trovassero nell'esercizio della patria podestà. Questa opinione discende dal principio che le leggi le quali anche soltanto migliorino uno stato personale svantaggioso si applicano retroattivamente (v. sopra p. 34-35), essendo meno svantaggioso lo stato di pupillo di quello di figlio sottoposto alla podestà patria, se si ha riguardo alla estensione dei diritti del minorenne. Non può di certo ostare a questa applicazione un preteso diritto di chi era rivestito della patria potestà, a conservarlo, imperocchè la patria podestà, e parimenti qualunque altra podestà di una persona su di un'altra, non è attribuita dalla legge nell'interesse individuale di chi ne è rivestito, mentre noi sappiamo che il diritto acquisito è sempre un diritto introdotto dalla legge per l'individuale utilità di chi lo consegue.

Se la nuova legge intorno alla tutela dei minorenni designa in qualche caso all'ufficio di tutore una persona diversa da quella designata dalla legge precedente, oppure regola in modo diverso dalla precedente la capacità all'uffizio di tutore, o introduce nuove cause di incapacità o di esclusione o di dispensa, oppure abolisce qualcuna delle vigenti, anche queste disposizioni si devono immediatamente applicare a tutti i tutori costituiti, sia facendoli cessare *ipso jure* dall'ufficio, sia autorizzandone la rimozione, o dando loro facoltà di farsene esonerare, od anche permettendo a taluno che dalla legge anteriore sarebbe stato chiamato alla tutela, ma non rivestì questo

(1) Come per es. la legge italiana attuale.

Digitized by Google

uffizio per un ostacolo rimosso dalla legge nuova, di chiedere di sottentrare al tutore attuale. Tutto ciò discende direttamente dal principio fondamentale, ed è pur dichiarato in termini generali dalla legislazione transitoria annoverese (v. Vol. I, p. 82, in nota) (1). A buon diritto quindi la Corte d'appello di Casale con sentenza 7 febbraio 1868 (2) dichiarò dovere il padre che riconobbe il proprio figlio naturale sottentrare al tutore nominato a questo dal consiglio di famiglia, non appena applicato il Codice civile italiano, e conformemente all'art. 184 di questo Codice; e la Corte d'appello di Torino in una sentenza del 4 gennaio 1806 (3), e la Corte d'appello di Bordeaux in una sentenza del 6 messidoro anno 12 (4), dichiararono che la madre, chiamata alla tutela dei figli minorenni dall'art. 390 del C. N., potesse pretendere di esercitare questo suo diritto ad esclusione di chi fosse rivestito dell'uffizio tutelare in virtù del Diritto Romano o di altra legge anteriore. Con ugual ragione la legge transitoria di Lubecca del 1814 (v. Vol. I, pag. 69, in nota) dichiara cessata la tutela della madre e quella dell'ava cominciata sotto l'impero del C. N. Parecchie leggi positive però conservano nell'uffizio di tutore chi non vi sarebbe chiamato secondo la legge nuova, purchè del resto sia capace nè soggetto ad esclusione in virtù di questa legge. Così dispongono per esempio le leggi transitorie parmense del 1820 (vedi Vol. I, p. 99, in nota), estense del 1852 (*ib.*, p. 107, in nota), e italiana del 1865 (art. 12, *ib.*, p. 117, in nota) (5).

La nuova legge intorno alla tutela deve applicarsi immediatamente alle tutele già costituite, anche per ordinarle, cioè per

(1) V. anche la legislazione transitoria di Lubecca del 1814, la quale fa cessare la tutela della madre e dell'ava (Vol. I, pag. 64, in nota).

(2) *G.* v, 183.

(3) *R. G.* 6, 2, 94.

(4) *R. G.* 4, 2, 150.

(5) Questa legge però (art. cit.) sottrae dalla eccezione la tutela deferita dal nuovo Codice civile ad un ascendente o al coniuge.

Digitized by Google

determinare le persone e le autorità che devono concorrere all'esercizio delle medesime. Può darsi quindi che in virtù di essa legge cessino dall'ufficio loro persone o autorità che la legge precedente avea chiamato a parte dell'ufficio tutelare, come pure può darsi il caso contrario. Se per esempio la nuova legge non ordina l'istituzione di un consiglio di famiglia, oppure l'assistenza del tutore surrogato o del contutore, non v'ha dubbio che cesseranno immediatamente dall'ufficio i consigli di famiglia e i tutori surrogati, precedentemente costituiti (1). Reciprocamente si dovrà costituire un consiglio di famiglia o nominare un tutore surrogato o protutore nelle tutele precedentemente costituite, e nelle quali l'uno o l'altro di quegli istituti non era richiesto dalla legge anteriore, a differenza dalla nuova. Ciò dispone in particolare la legge transitoria civile italiana del 1865 (art. 14).

Gli oneri del tutore debbonsi pure regolare, tanto rispetto ai tutori da costituirsi, quanto rispetto a quelli già costituiti, conformemente alla legge nuova, sia alleviandoli, sia aumentandoli. Anche questa è una conseguenza del principio fondamentale del diritto transitorio o personale. Se quindi venisse per es. abolita l'ipoteca legale del pupillo sui beni del tutore, non v'ha dubbio che questi beni cesserebbero di essere vincolati dal giorno dell'attuazione della nuova legge. Imperocchè, quantunque il diritto all'ipoteca legale, una volta acquistato, sia inviolabile al pari di tutti gli altri diritti acquisiti, in particolare però è pure un principio di diritto transitorio, da noi avvertito, e applicabile in codesto caso, che i diritti accessorii seguono la sorte dei principali (v. Vol. I, pag. 272). L'ipoteca legale del pupillo è certamente un diritto accessorio a quello di essere tutelato; ora, come il gius delle tutele si può mutare pel mutare delle leggi che lo determinano, così anche

(1) Vedi quanto al tutore surrogato la legge transitoria di Lubecca (Vol. I, pag. 69, in nota).

Digitized by Google

quel diritto deve cessare quando una legge nuova più non lo ammette. Cessata però l'ipoteca legale di un pupillo in virtù della nuova legge, e dal momento della sua attuazione, non cesserà di potersi far valere il diritto ipotecario del pupillo per quelle ragioni che fossero sorte a suo vantaggio verso il tutore sotto l'impero della legge precedente; imperocchè altrimenti si violerebbe il principio che la legge non può avere alcun effetto anteriore alla sua attuazione. — Reciprocamente, introdotta l'ipoteca legale del pupillo sui beni del tutore, questa legge si applicherà anche alle tutele anteriormente costituite, e che durano tuttora, ma, onde non offendere il principio che l'azione della legge non può farsi sentire se non dopo la sua attuazione, l'ipoteca legale nuovamente introdotta non si applicherà alle tutele già costituite se non rispetto a quella parte di gestione del tutore, che avrà luogo posteriormente all'attuazione della legge nuova. Questo principio è stato seguito dalla Corte d'appello di Bruxelles in una sentenza del 27 luglio 1809 (1). — Anche l'obbligo del tutore alla cauzione deve essere regolato in conformità alla legge nuova, sia nelle tutele future, sia in quelle già costituite. Se la legge nuova introduce un tale obbligo dove prima non era imposto, i tutori già nominati vi saranno tenuti; se invece la legge nuova lo abolisce dove prima esisteva, i tutori che già avevano prestato cauzione, potranno domandare di esserne svincolati. Quest'ultima opinione è stata adottata da più di un tribunale francese, dopo l'introduzione del C. N., il quale, come è noto, non obbliga il tutore a prestar cauzione. In tal senso giudicarono la Corte d'appello di Torino il giorno 5 maggio 1810 (2), e la Corte d'appello di Caen il giorno 23 novembre 1812 (3). Il contrario avviso però tenne la Corte d'appello di Bruxelles in

(1) *C. N.* 3, 2, 109.
(2) *R. G.* 11, 2, 36; *C. N.* 3, 2, 265; D. *R.* 12, 714.
(3) *R. G.* 13, 2, 71; *C. N.* 4, 2, 201; D. *R.* 12, 766.

Digitized by Google

una sentenza del 6 maggio 1812 (1), e poscia la Corte di cassazione di Parigi in una sentenza del 10 novem. 1813 (2). Disse la Corte di Bruxelles: « attesochè, coll'accettare la tutela, Smaelen si è sottoposto agli oneri che questo incarico gli imponeva, e per conseguenza a quello di dar cauzione, poichè egli era espressamente sottoposto a questa obbligazione, sia per l'atto stesso di nomina, sia in virtù della legge vigente a quell'epoca; — attesochè l'ipoteca legale accordata sui beni del tutore dal Codice civile non ha liberato il signor Smaelen dalle obbligazioni positivamente congiunte alla tutela di cui si tratta ». E la Corte di cassazione disse: « attesochè nel caso in quistione non trattavasi dello stato della interdetta, ma delle obbligazioni assunte dal tutore nominatole prima della pubblicazione del Codice civile e sotto l'impero della consuetudine di Ipres; che perciò senza violare menomamente il principio che le disposizioni del Codice civile sullo stato delle persone devonsi applicare immediatamente al momento della loro pubblicazione, la Corte di Bruxelles ha potuto e dovuto tener ferme le obbligazioni contratte dal ricorrente al momento della sua elezione a tutore dell'interdetta, e conservare così i diritti acquisiti alla medesima prima della promulgazione del Codice civile; attesochè le disposizioni di questo Codice sull'ipoteca legale dei beni del tutore non hanno liberato i tutori dalle obbligazioni assunte anteriormente, e che per conseguenza la Corte di Bruxelles non ha violato l'art. 1 del Codice, ecc. ». Errarono ambedue le Corti, a parer nostro, nel considerare l'obbligazione del tutore alla cauzione, astrazione facendo dalla sua causa; esse non rifletterono che l'obbligazione patrimoniale del tutore alla cauzione, essendo un accessorio del suo ufficio, attiene allo stato personale, anzichè al diritto patrimoniale, e quindi, al pari degli altri doveri

(1) *C. N.* 4, 2, 111; D. *R.* 12, 766.
(2) *R. G.* 14, 1, 21; *C. N.* 41, 462; D. *R.* 12, 766.

Digitized by Google

e diritti di stato personale, deve cessare, non appena la legge cessi d'imporla. Siccome il ragionamento di ambedue le Corti non ha evidentemente altra sostanziale premessa che la suaccennata considerazione, così pure a buon diritto noi non ne siamo rimasti persuasi. — Che se la legge nuova, senza abolire la cauzione del tutore, dà facoltà al consiglio di famiglia di optare fra questa guarentigia e quella dell'ipoteca legale, non v'ha dubbio che questa scelta potrà farsi anche rispetto alle tutele anteriormente costituite. Tale è il sistema seguito dal Codice civile italiano (art. 282), e dalla relativa legge transitoria (art. 15).

Dell'amministrazione tutelare. — Anche questa, come bene osserva il Grandmanche de Beaulieu (pag. 54), deve uniformarsi alla legge attuale, sia che trattisi di tutele costituite prima, sia che trattisi di tutele costituite dopo l'attuazione della medesima. Ciò statuiscono anche le leggi transitorie parmense (v. Vol. I, pag. 99, in nota), sarda (*ib.*, pag. 104), ed estense (*ib.*, p. 107, in nota). Che cosa possa o non possa fare il tutore di per sè solo, per quali atti abbia bisogno del concorso altrui, e in particolare del contutore o protutore, del consiglio di famiglia, e del giudice, e quali siano le attribuzioni di ciascheduno di questi vari organi dell'amministrazione tutelare, si deve in ogni tutela determinare secondo la legge vigente al tempo in cui si debbono intraprendere i singoli atti dell'amministrazione, e non secondo la legge del tempo in cui la tutela è stata costituita. A ragione quindi il Consiglio di Stato di Francoforte, interpellato se in virtù dell'applicazione del C. N., il coniuge superstite, essendo morto l'altro coniuge prima dell'attuazione di quel Codice, dovesse ricevere un contutore, diede una risposta affermativa (Parere del 23 febbraio 1811, v. Vol. I, pag. 68, in nota).

Conseguenza del principio esposto dianzi è pur quella, sancita dalla legislazione transitoria annoverese (v. Vol. I, pag. 78,

Digitized by Google

in nota), che gli effetti delle tutele si devono giudicare secondo la legge del tempo in cui i medesimi ebbero luogo. Imperocchè l'amministrazione tutelare consta di una serie di atti successivi, ciascuno dei quali deve essere regolato secondo la legge vigente al tempo in cui venne posto in essere. Le obbligazioni del tutore in particolare, e i diritti del pupillo verso il tutore si devono giudicare secondo la legge vigente al tempo in cui si compierono i fatti onde nasce la responsabilità del tutore o il diritto del pupillo. Anche questo principio è stabilito in termini generali dalla citata legislazione annoverese (*ib.*, pag. 78, in nota). Non varrebbe l'obbiettare che la tutela è un quasi-contratto, e come tale deve essere sempre regolata, quanto ai suoi effetti e quanto alle obbligazioni che ne nascono, secondo la legge del tempo in cui venne incominciata. Imperocchè una tale finzione non può prevalere alla realtà che l'amministrazione tutelare consta, come dicemmo poc'anzi, di una serie di atti separati e distinti gli uni dagli altri, e che per conseguenza l'applicazione immediata della legge nuova agli atti di amministrazione compiutisi sotto il suo impero, applicazione voluta dai generali principii del gius transitorio, può farsi senza alcun sovvertimento di rapporti esistenti e di diritti acquisiti. Non manca alla nostra opinione l'appoggio di qualche autorevole giudicato, e tale è per esempio una sentenza della Corte d'appello di Caen del 23 novembre 1812 (1). In questa sentenza la Corte di Caen dichiara in termini generali: che « la nuova legge sulla tutela applicasi, tanto rispetto al diritto, quanto rispetto alla forma, a tutto ciò che sia per accadere dopo la sua promulgazione, senza aver riguardo alla circostanza che l'avvenimento, il quale diede luogo alla tutela, sia anteriore alla legge nuova ». — Con qual legge si debba giudicare la restituzione in intiero di un tutelato contro gli atti del tutore, si può desumere, per analogia, dalle cose da noi

(1) *R. G.* 13, 2, 71; *C. N.* 4, 2, 201; D. *R.* 12, 766.

Digitized by Google

dette nel paragrafo precedente (v. sopra pag. 66) intorno alla restituzione in intiero dei minorenni.

Della cessazione della tutela. — Emanata una nuova legge intorno alla tutela, si dovranno desumere da essa anche le cagioni ed i modi di cessazione delle tutele cominciate prima della sua attuazione, e continuate dopo di questa. Che se un modo qualunque di cessazione introdotto dalla legge nuova, già si fosse verificato al momento dell'attuazione di essa legge rispetto a qualche minorenne tutelato, questo cesserebbe *ipso jure* da quel momento di essere pupillo, e acquisterebbe quella maggiore o minore libertà che la legge nuova gli concedesse. A ciò non si oppone un preteso diritto del tutore più di quello che già vedemmo (v. sopra p. 86) potersi opporre un preteso diritto di chi abbia la patria podestà, alla trasformazione di questa in tutela. Se quindi, per es., alla legge che fa durare la tutela fino alla maggiore età sottentrasse un'altra, la quale la facesse cessare quando il minorenne raggiunge la pubertà, i minorenni puberi al momento dell'attuazione di questa legge, diverrebbero emancipati *ipso jure* da questo momento. Così pure, emanata una legge, la quale dichiari il matrimonio causa di emancipazione, tutti i minorenni sottoposti a tutela, i quali fossero già uniti in matrimonio al momento di quella emanazione, si dovrebbero considerare da quel momento in poi come emancipati. Questa opinione è stata pure adottata da una sentenza della Corte d'appello di Torino del 7 fruttidoro, anno 12 (1). Concorre a sostenere la stessa opinione il principio da noi esposto nella parte generale di quest'opera, che anche fatti anteriori all'attuazione della legge nuova possono produrre nuovi effetti in virtù di questa legge, ove la durata loro si protragga sotto l'impero di essa (v. Vol. I, pag. 234). Ma se la legge nuova fa cessare in un dato caso la tutela del minorenne per sostituirvi la patria podestà, la si dovrà applicare

(1) *R. G.* 4, 2, 71.

Digitized by Google

del pari retroattivamente? Ci riserviamo la trattazione di questa quistione quando esporremo il gius transitorio della patria podestà. Così pure ci riserviamo d'investigare nel paragrafo seguente quale effetto abbia sulle tutele dei maggiorenni già costituite, una legge nuova la quale introduca un caso di cessazione di tale tutela, se in quel caso già si trova una di quelle persone al momento in cui essa legge viene attuata. Che se le persone sottoposte a tutela quando viene emanata la legge nuova, non si trovano già in uno di quei casi, nei quali questa legge fa cessare la tutela, andranno sottoposte alla medesima in avvenire, se e quando in uno di quei casi verranno a trovarsi. Può dirsi quindi colla legge transitoria sarda del 1837 (v. Vol. I, p. 104, in nota) che la tutela, cominciata prima dell'attuazione della legge nuova, e conservata dopo questo momento, dura pel tempo determinato da essa legge.

§ 11.

Della interdizione e della inabilitazione. Delle curatele speciali in particolare.

Lo stato d'interdizione è quella personale condizione in cui si trova, in virtù di sentenza giudiziale, un maggiorenne al quale è stata tolta la facoltà di disporre delle cose proprie e di obbligarsi, ed è stato assegnato un tutore o curatore che ne amministra gl'interessi senza la di lui cooperazione, e colle norme e cautele stabilite dalla legge. L' inabilitazione è parimente uno stato di limitata capacità giuridica, e propriamente capacità di disporre, in cui può trovarsi una persona maggiorenne in virtù di sentenza giudiziale, ma le restrizioni in essa contenute sono minori assai di quelle racchiuse nella interdizione. I Codici moderni, nei quali l'inabilitazione è contemplata, e tali sono il Codice Napoleone e gli altri che

Digitized by Google

lo imitarono, fra i quali l'italiano, la fanno consistere nella incapacità dell' inabilitato di fare certi atti di amministrazione senza il concorso di un curatore assegnatogli dal giudice. Rispetto alle cause della interdizione e della inabilitazione, il principio adottato dai Codici suddetti è il seguente: vengono interdetti coloro nei quali è constatata una grave deficienza o perturbazione delle facoltà intellettuali; vengono soltanto inabilitati coloro, le cui condizioni intellettuali non siano così anormali, ed i prodighi.

Come abbiamo già osservato al principio del paragrafo precedente, la nuova legge intorno ai casi nei quali un maggiorenne può essere sottoposto a tutela come interdetto, deve essere immediatamente applicata, al pari di quella intorno ai casi di tutela di un minorenne. Lo stesso dobbiamo ora dire rispetto alla legge nuova intorno ai casi di inabilitazione. L'una proposizione e l'altra sono applicazioni del principio fondamentale del gius transitorio personale. La Cassazione di Torino, in una sentenza 30 giugno 1870 (1), proclamò anch'essa tale dottrina rispetto all'inabilitazione del sordo-muto, sottentrata nel Cod. civ. ital. all'interdizione pronunziata da qualche legislazione vigente anteriormente in Italia. Che se la nuova legge non differisce dalla precedente nell'ammettere l'interdizione in certi casi determinati, ma soltanto nei modi di procedere alla interdizione in generale, nessuno potrà pretendere che un'anteriore sentenza di tal natura venga tolta di mezzo per sostituirvene un'altra, osservando le forme stabilite dalla legge nuova. Ciò ebbe a dichiarare la Corte di Bruxelles in una sua sentenza del 22 agosto 1807 (2), e per noi discende dalle cose dette nella parte generale di quest'opera intorno alle formalità

(1) *A. G.* 1871, 1, 101.

(2) *C. N.* 2, 2, 296. Questa sentenza tenne ferma l'interdizione incorsa sotto l'impero della consuetudine di Gand, quantunque questa la facesse risultare dalla semplice nomina di un curatore per determinati atti.

Digitized by Google

degli atti e negozi giuridici (v. Vol. I, pag. 238). — In virtù di quel medesimo principio abbiamo pur dimostrato nel paragrafo precedente essere un altro canone, applicabile tanto alla tutela dei minorenni quanto a quella dei maggiorenni, che la legge nuova debba applicarsi immediatamente anche alle tutele anteriormente costituite, e da essa non tolte di mezzo, rispetto all'ordinamento della tutela, ai diritti e agli obblighi del tutore, alla cessazione della tutela. Analogamente noi dobbiamo ora dire che, introdotta una nuova legge intorno ai rapporti fra l'inabilitato e il suo curatore, ai diritti dell'uno e dell'altro, ai modi coi quali l'inabilitazione può cessare, in tutti questi punti la legge nuova si dovrà applicare anche alle inabilitazioni pronunziate prima della sua attuazione, ove essa però le lasci sussistere ancora. — Questi sono principii generali; ora noi verremo facendone alcune applicazioni alle principali quistioni pratiche surte rispetto ad essi nella giurisprudenza transitoria.

Venendo abolita l'interdizione o l'inabilitazione in un caso in cui la legge anteriore la prescriveva, si domanda quale influenza avrà la legge nuova sulle domande presentate, o azioni pendenti al momento in cui essa venne attuata. Il Merlin (l. c., pag. 223) e il Mailher de Chassat (1, p. 206) sono d'avviso che tali azioni non si possano proseguire, e rimangano del tutto prive di effetto. Noi pure siamo di questo avviso, in virtù delle cose da noi dette nella parte generale di quest'opera (v. Vol. 1, pag. 254 e 399, 263 e seg.) intorno alle azioni pendenti e alle facoltà di legge in generale. Imperocchè noi abbiamo veduto in quella occasione che il rispetto di un'azione pendente al momento dell'attuazione di una legge nuova che più non l'ammette, suppone che l'azione stessa possa essere ricondotta ad un diritto acquisito, oppure sia in certi casi l'esercizio di una facoltà di legge, ma tanto nell'una quanto nell'altra ipotesi egli è certamente necessario, affinchè l'azione conservi la sua effi-

Digitized by Google

cacia dopo l'attuazione della legge nuova, che sia vantaggiosa a chi ha il diritto di esercitarla; ora chi dirà che l'azione competente ad alcune persone di far interdire altre persone sia stata introdotta dalla legge a vantaggio delle prime? Notisi poi che l'azione è pendente fintantochè non ci sia rispetto alla medesima una cosa giudicata, onde giustamente la Corte d'appello di Casale con sentenza 16 marzo 1866 (1) dichiarò doversi la nuova legge intorno alla interdizione applicare anche alle relative domande, sulle quali pendeva ricorso in appello quando quella legge venne attuata.

Che se in un caso nel quale la legge anteriore ammetteva l'azione di interdizione, la legge nuova ammette invece soltanto quella per la inabilitazione, come per es. è accaduto nel passaggio dall'antica legislazione francese al Codice Napoleone, e recentemente nel passaggio dalle legislazioni vigenti nel Lombardo-Veneto, in Piemonte e nella Toscana alla nuova legislazione italiana, rispetto alla condizione del prodigo, potrà l'azione pendente per la interdizione trasformarsi in azione per la inabilitazione, e come tale venir continuata? L'opinione affermativa è stata adottata dal Tribunale d'appello di Rouen in una sentenza delli 8 floreale anno 12 (2), e a noi pure sembra che questa decisione non possa essere censurata. Il suddetto Tribunale addusse per motivo il giusto riflesso che la domanda d'interdizione deve essere giudicata secondo la legge vigente al tempo del giudizio, e a noi sembra eziandio che tale decisione rispondesse a quella economia di giudizi che è principio fondamentale della procedura, specialmente nelle quistioni transitorie, e in virtù del quale devesi curare nel passaggio dall'antica alla nuova legislazione, che non rimangano inutili gli atti processuali già compiuti sotto l'antica legge. Per queste stesse ragioni ci sembra doversi commendare la decisione della Corte

(1) *G.* III, 317.
(2) *R. G.* 4, 2, 664; D. *R.* 6, 379; *Pasicrisie*, 1ª Serie, 1809, pag. 312.

Digitized by Google

di Bruxelles del 7 fruttidoro anno 11 (1), la quale dichiarò potere i giudici d'appello, riformando una sentenza di interdizione, nominare un semplice consulente legale al convenuto, quantunque la sentenza appellata fosse stata emanata prima del Codice Napoleone (2).

Più gravi quistioni sono quelle che si riferiscono all'influenza che debba avere sulle inabilitazioni e sulle interdizioni già pronunciate una legge la quale in determinati casi sostituisca l'interdizione alla inabilitazione, oppure reciprocamente. Noi considereremo separatamente ciascuna delle due ipotesi.

Se in un caso la legge nuova ammette l'interdizione, mentre la legge precedente ammetteva soltanto l'inabilitazione, quale influenza avrà la legge nuova sugl'inabilitati vigendo la legge precedente? Questa quistione non sogliono proporsi gli scrittori di gius transitorio, perchè la maggior parte delle legislazioni moderne hanno sostituito l'inabilitazione alla interdizione del prodigo, e questo caso suol essere appunto di preferenza considerato nel discutere intorno ai cambiamenti di legislazione dei quali ora si ragiona (3). Per questa stessa ragione nella maggior parte delle legislazioni positive non si possono trovare disposizioni su tale argomento. Il Codice civile olandese del 1838 è anzi il solo a nostra notizia che si possa citare in questa occasione. Esso dispone (v. Pinto, p. 146): che « i maggiorenni ai quali è nominato un consulente giudiziale, rimangono in questo stato (d'inabilitazione) anche dopo l'introduzione delle nuove leggi, salvo la facoltà accordata al giudice di sostituirvi l'interdizione ». Codesta disposizione pare a noi contener la miglior

(1) *R. G.* 4, 2, 451; *Pasicrisie*, ib. (v. nota prec.), p. 261.

(2) Il Commissario del Governo aveva fatto analoghe conclusioni, osservando 1° che gli statuti personali ricevono applicazione immediata, 2° che la domanda di un consulente giudiziale è compresa in quella della interdizione.

(3) Alcune poche legislazioni moderne però hanno precisamente sostituito alla inabilitazione del prodigo, ammessa dal C. N. la piena interdizione; e tali furono l'austriaca del 1811, e l'olandese del 1838 (v. Pinto, p. 146).

Digitized by Google

soluzione della quistione suesposta. Invero nessuno può dubitare che la nuova legge, la quale sostituisce in un dato caso la interdizione alla inabilitazione, debba essere immediatamente applicata. Quanto poi al modo in cui debba farsi l'immediata applicazione di quella legge, esso non può certamente consistere in un cangiamento immediato ed *ipso jure* dell'inabilitato in interdetto, nel modo istesso in cui il minorenne trasmutasi in maggiorenne al momento in cui viene attuata una legge la quale anticipa l'età maggiore. Invero noi non abbiamo mai detto, ed ora *dobbiamo escludere che l'immediata efficacia delle leggi sullo stato personale si debba in ogni caso far consistere in una efficacia ipso jure.* Vi possono essere casi nei quali le condizioni dell'applicazione della legge nuova siano tali da richiedere l'intervento del giudice, e in tali casi l'immediata efficacia della legge medesima consiste solo nella possibilità d'un immediato intervento del giudice, sia *ex officio*, sia dietro domanda. Uno di tali casi è appunto quello del cambiamento dell'inabilitazione in interdizione. Tanto l'inabilitazione quanto la interdizione sono costituite mediante sentenza; come si può quindi ammettere che il prodigo inabilitato diventi interdetto, senza che il giudice lo dichiari tale? La circostanza che l'interdicendo si trovi già inabilitato non osta alla necessità di una nuova sentenza d'interdizione, perchè anche in tale ipotesi i due stati rimangono distinti l'uno dall'altro, e l'interdizione non può certamente essere considerata come una continuazione dell'inabilitazione. Ciò si fa ancor più chiaro ove si pensi all'effetto che l'opinione da noi combattuta avrebbe sul consulente giudiziale dell'inabilitato. Egli si trasformerebbe contemporaneamente in tutore, mentre altra cosa è l'essere semplice consulente giudiziale, altra l'essere tutore, e questo ufficio è ben più gravoso di quello, cosicchè non è possibile che uno, il quale abbia consentito ad assumere il primo, si trovi d'improvviso imposto il secondo, senza essere neppure interpellato. L'immediata applicazione

Digitized by Google

quindi della legge che sostituisce l'interdizione all'inabilitazione, consiste in ciò che il giudice possa essere immediatamente invocato, od anche, secondo il sistema seguito dalla legislazione olandese, possa determinarsi *ex officio* a dichiarare interdetto l'inabilitato e a sostituire un tutore al consulente giudiziale o semplice curatore (1).

La quistione inversa della precedente, quella cioè, se e quale influenza abbia sulle precedenti interdizioni una legge la quale in certi casi più non l'ammetta, e vi sostituisca la semplice inabilitazione, è una delle più dibattute, specialmente fra i giureconsulti francesi. Essa è surta in Francia dopochè il C. N. abolì la interdizione del prodigo (2), e sottopose questo soltanto ad un consulente giudiziale per certi atti di amministrazione. Lo stesso mutamento di legislazione la fece sorgere anche in altri paesi. In Italia dopo la pubblicazione del Codice civile italiano, il quale pure sottopone il prodigo alla sola inabilitazione, si fece la stessa domanda in qualche provincia, ove prima del 1866 i prodighi venivano interdetti, cioè nelle provincie lombarde, venete, toscane e sarde.

Tre soluzioni differenti furono date alla quistione in discorso dai tribunali e dagli scrittori. Gli uni ritengono che le sentenze d'interdizione per causa di prodigalità pronunziate sotto la legge precedente abbiano perduto *ipso jure* ogni effetto dal giorno del-

(1) Il Savigny (pag. 149), e l'Unger (p. 132) dicono in termini generali che si applicano immediatamente le nuove leggi che attenuano o aggravano la condizione del prodigo. Essi non soggiungono altro, e non distinguono il caso che la legge nuova modifichi soltanto la precedente senza sostituire uno stato ad un altro, da quest'ultimo caso. Perciò noi non potremmo senza temerità interpretare la loro opinione contrariamente alle cose dimostrate nel testo. Nel caso che la legge nuova modifichi la condizione giuridica del prodigo senza mutarla affatto, l'asserzione dei succitati scrittori viene a confermare in un caso speciale un canone generale da noi esposto al principio di questo paragrafo.

(2) Tale innovazione era già stata avvertita dal Ministro di giustizia con due circolari, l'una del 1° floreale anno 7, e altra del 16 vendemmiale anno 8 (v. Meyer, pag. 48).

Digitized by Google

l'attuazione della legge nuova; — altri pensano invece che quelle sentenze siansi convertite *ipso jure* in mere attribuzioni di consulente giudiziale o curatore; — altri finalmente opinano che le sentenze medesime abbiano conservato tutti i loro effetti anche dopo l'attuazione della legge nuova, fintanto che i prodighi, contro i quali sono state pronunziate, non abbiano domandato e ottenuto il proscioglimento della interdizione, e la nomina di un semplice consulente.

La prima opinione è stata seguìta dalla Corte di cassazione di Parigi in una sentenza del 20 maggio 1806 (1) pei motivi seguenti. « Considerando che l'art. 489 del Codice civile permette di fare interdire coloro soltanto che si trovano in abituale stato di imbecillità, demenza e furore; che l'art. 513 permette alla famiglia soltanto di far nominare al prodigo un consulente, dal quale deve essere assistito nelle transazioni, nelle liti, nelle alienazioni, ecc.; che le leggi le quali regolano o modificano lo stato delle persone, migliorandone la condizione, debbono per la stessa loro natura e pel favore dovuto allo stato personale, venire applicate dal giorno medesimo della loro promulgazione; che per conseguenza dopo la pubblicazione del Codice civile l'individuo prima dichiarato prodigo ha cessato d'essere interdetto; che la sola limitazione della sua libertà in virtù dell'art. 513 del Cod. civile consiste in ciò che gli può essere proibito di transigere, litigare, alienare, ecc., senza l'assistenza di un consulente datogli dal tribunale (2), dal che segue che le azioni a lui spettanti devono essere esercitate da lui coll'assistenza del consulente; che nessuno può esercitarle durante la di lui assenza, e che la sentenza impugnata, la quale giudicò contrariamente, è in opposizione coll'art. 513 del Codice civile,

(1) *R. G.* 6, 1, 263; *Pasicrisie*, 1ª Serie, C. d. Cass., vol. 4, p. 245.

(2) Nella fattispecie i tutori di un prodigo interdetto prima dell'attuazione del C. N. in Piemonte, aveano domandata posteriormente a quest'epoca la nullità di alienazioni fatte dal prodigo prima della interdizione.

Digitized by Google

cassa, ecc. ». Egli è vero che il Meyer (pag. 48) interpreta questa sentenza nel senso che la Cassazione abbia ritenuto essersi trasformata *ipso jure* l'interdizione del prodigo in semplice inabilitazione, e quindi crede che la medesima si concilii coll'altra sentenza dello stesso tribunale, del 6 giugno 1810, che noi riferiremo fra poco. Ma l'opinione del Meyer non è seguita da nessun altro giureconsulto francese, e non lo è in particolare nè dal Chabot de l'Allier (n. 3, p. 6, v° *Prodigue*), nè da Merlin (l. c., p. 248), i quali tutti interpretano la riferita sentenza nel senso che il prodigo interdetto abbia ricuperato in virtù del C. N. la pienezza dei suoi diritti. Siccome però la stessa Corte di cassazione nella già mentovata sentenza del 6 giugno 1810 asserì che in quella del 20 maggio 1806 avea dichiarato non già essere il prodigo ridiventato pienamente capace, ma soltanto non potere il curatore esercitarne i diritti durante la di lui assenza, così non sarà inutile il por mente al modo con cui il Meyer giustifica l'anzidetta asserzione. Egli osserva che la sentenza del 20 maggio 1806 adduce per motivo di cassazione la violazione dell'art. 513 del C. N. per parte della sentenza impugnata, e ne inferisce che dunque la Corte di cassazione intendeva di considerare il prodigo in questione come sottoposto a consulente giudiziale, perchè il suddetto articolo determina appunto le attribuzioni di questo consulente. Ma il Meyer non ha riflettuto che, avendo la Corte dichiarato, poche righe prima, che quel prodigo avrebbe *potuto* essere sottoposto a curatore, la susseguente citazione dell'art. 513 non poteva avere, secondo la mente della Corte medesima, altro significato fuorchè quello di escludere che l'impugnativa delle alienazioni fatte dal prodigo prima della interdizione avesse potuto essere promossa neppur dal curatore del prodigo durante la sua assenza, se un curatore gli fosse stato assegnato. La seconda osservazione della Corte fa colla prima un solo discorso, e non può quindi essere considerata isolatamente. Ciò

Digitized by Google

che assicura non avere la Corte nella sentenza del 20 maggio 1806 ritenuto la trasformazione *ipso jure* dell'interdizione in inabilitazione, e del tutore in curatore, è, come bene osserva il Merlin (*ib.*), l'uso della espressione *può essergli proibito,* la quale fa comprendere essere stata mente della Corte che il Codice civile avesse bensì sostituita all'interdizione del prodigo, pronunziata da una sentenza anteriore, la facoltà di assegnare al medesimo un consulente giudiziale, ma non avesse trasformato immediatamente, e in virtù della sola sua attuazione, il curatore dell'interdetto in consulente giudiziale. Per conseguenza la Corte di cassazione, sentenziando nei termini surriferiti, non fu evidentemente mossa da altro che dal principio generale: doversi le leggi intorno allo stato personale applicare retroattivamente, cioè immediatamente a tutte le persone esistenti.

La seconda opinione è pure stata sancita dalla Corte di cassazione di Parigi nella già mentovata sentenza del 6 giugno 1810 (1), e sostanzialmente per la stessa ragione da cui la Corte si era dipartita nella sentenza del 20 maggio 1806. Ecco i motivi di quella sentenza, nella parte concernente la quistione attuale. « Atteso che le sentenze, le quali pronunziarono interdizioni di prodighi prima della pubblicazione del Codice, non sono state annullate da nessuna legge; che questo Codice non ha neppure abolita questa specie di interdizione, ma l'ha soltanto modificata, statuendo l'art. 513 che al prodigo può essere proibito di litigare, transigere, mutuare, ricevere un capitale mobile restituito, e sdebitarne il restituente, alienare o vincolare i propri beni senza l'assistenza di un consulente nominato dal giudice; che da questa modificazione risulta che le interdizioni già pronunziate, e tuttora esistenti al momento della pubblicazione del Codice, furono *ipso jure* ridotte negli effetti loro alle proi-

(1) *R. G.* 10, 338; *Pasic.*, 1ª serie, C. d. cass., vol. 5, pag. 550. Questa sentenza ne confermò una della Corte d'appello di Bruxelles.

Digitized by Google

bizioni indicate nell'art. 513, perchè le leggi che regolano lo stato delle persone colpiscono l'individuo al momento stesso della loro emissione, e da questo momento lo rendono capace od incapace secondo le loro disposizioni; che per le stesse ragioni quelle sentenze ed interdizioni conservano il loro vigore e i loro effetti dentro i limiti delle proibizioni consentite da quel medesimo articolo; che in realtà tali sentenze e interdizioni, non essendo state annullate da nessuna legge, ma soltanto modificate dal Codice, non si potrebbero privare di forza e di effetto, fuorchè annullandole, la qual cosa non si potrebbe fare senza commettere un eccesso di potere, pronunziando una nullità che nessuna legge pronuncia, ed estendendo la modificazione al di là dei suoi limiti, e senza violare l'art. 514 che esige per la revoca dell'interdizione le stesse formalità richieste per pronunziarla, e finalmente senza privare arbitrariamente gli interdetti di un soccorso e di una guarentigia che l'umanità esige per essi, che la legge loro accorda, e che queste sentenze loro assicurano; che nella sentenza di questa Corte del 20 maggio 1806 nulla vi ha che non sia conforme a questi principii; che tale sentenza dichiara soltanto che, avendo il Codice restituito agl'interdetti l'esercizio delle loro azioni, spetta ad essi lo esercitarle personalmente coll'assistenza di un consulente, nè i curatori possono più esercitarle da soli nell'assenza di quelli e a loro insaputa; ma che coll'avere dichiarata questa incompetenza dei curatori, la sentenza non ha del pari dichiarato il ritorno degl'interdetti per causa di prodigalità ad una capacità assoluta; atteso finalmente che dalle cose anzidette risulta che col dichiarare non avere il signor Roisin ricuperato in virtù delle nuove leggi la pienezza dei diritti di cui fu privato dalla provvisoria sentenza d'interdizione del 30 agosto 1792, e non avere questa sentenza perduta ogni efficacia, la sentenza impugnata non violò alcuna legge e si conformò alle regole di questa materia, la Corte rigetta, ecc. ». — Con questa sentenza si ac-

Digitized by Google

corda sostanzialmente un'altra della Corte di Montpellier del 1° luglio 1840 (1).

L'opinione sanzionata da questa sentenza ha pur trovato autorevoli difensori fra gli scrittori; tali sono per es. il Meyer e il Mailher de Chassat. Il primo (p. 48 e segg.) riflette che la legge nuova, non riconoscendo per l'avvenire la prodigalità come causa sufficiente d'interdizione, non può neppur permettere che rimangano interdetti per lo avvenire quelli che lo furono in passato per quel motivo, cosicchè la legge medesima ha per effetto di revocare immediatamente al suo apparire cotali anteriori interdizioni. Egli soggiunge però (p. 50) che siccome in virtù dell'azione immediata della legge nuova si deve trasformare lo stato d'interdizione dei prodighi in discorso, in quello di semplice sottomissione ad un consulente giudiziale, così questo carattere verrà assunto dal tutore del prodigo nominato sotto l'impero della legge precedente. Il secondo (p. I, p. 267) aggiunge alle ragioni del Meyer anche il riflesso che, essendo nel più compreso il meno, il precedente tutore del prodigo può ridursi all'ufficio di semplice consulente senza bisogno di una nuova dichiarazione giudiziale e in virtù soltanto della legge nuova.

Prima che noi passiamo alla terza delle opinioni enunciate qui sopra, stimiamo opportuno il soffermarci a considerare l'attuale argomento nel generale suo aspetto, e ad apprezzare le due opinioni riferite dianzi.

Noi crediamo coi tribunali e cogli scrittori summentovati che alla presente quistione devesi applicare il principio fondamentale del gius transitorio personale, e che le interdizioni, delle quali è discorso, potrebbero essere fatte cessare senza ledere alcun diritto acquisito di stato personale. Non occorre di certo per giustificare questa retroattività, riflettere colla Corte di cassazione di Parigi nella seconda sua sentenza surriferita, che la

(1) *R. G.* 2, 4, 314; *Pasicr.* 1840, 2 partie, p. 342.

Digitized by Google

legge nuova, abolitiva dell'interdizione del prodigo, migliora la situazione di questo. Imperocchè, lasciando in disparte l'osservazione che il legislatore non dichiara un tale intendimento, noi non ammettiamo in tesi generale col Meyer ed altri la pretesa retroattività delle leggi che migliorano lo stato personale (v. sopra p. 11 e p. 29). Neppure ci sembra che possa ostare alla immediata applicazione della legge abolitiva della interdizione del prodigo la circostanza che questa interdizione sia stata posta in essere mediante sentenza. Codesta obbiezione fu mossa più d'una volta, come vedremo in seguito, dai fautori dell'ultima fra le tre opinioni esposte. Ma noi abbiamo già osservato in una precedente occasione (v. sopra pag. 35) che soltanto le sentenze pronunziate in materia penale fissano lo stato personale in modo che una legge nuova non lo possa più cambiare, ed ora, ritornando su questo punto, noi ci associamo pienamente alle giudiziose osservazioni del Meyer (pag. 50). « Obbiettasi, osserva questo scrittore, la differenza che intercede fra l'incapacità risultante dalla legge, come per es. la minor età, e quella che risulta da una sentenza, come l'interdizione, e dicesi che la minor età, essendo introdotta dalla legge, può cessare in virtù di un cambiamento della legge, mentre occorra una nuova sentenza per togliere effetto ad una sentenza anteriore, e ciò per la nota regola: *unumquodque dissolvitur eo modo, quod fuerit colligatum*. Egli è molto facile rispondere a questa obbiezione, la quale potrebbe ammettersi, se esatta fosse la distinzione che si fa tra l'incapacità risultante dalla legge e quella risultante da una sentenza; ma in sostanza tutte quante le incapacità sono pronunziate dalla legge, e la sentenza non fa che dichiarare l'esistenza di fatti ai quali la legge deve essere applicata. Tanto la sentenza d'interdizione per furore, demenza, imbecillità, quanto quella per prodigalità, dichiarano l'esistenza di fatti cui la legge annette l'interdizione, ma questa sentenza non costituisce per sè sola l'incapacità. Se l'età minore produce

Digitized by Google

incapacità senza bisogno di sentenza, gli è che d'ordinario si constata facilmente l'età di una persona, ma se nascesse qualche dubbio in proposito, come se per es. un minore pretendesse di aver raggiunta l'età maggiore, e di avere i diritti di un maggiorenne in virtù di una legge precedente, la sentenza che respingesse questa pretesa, dichiarandolo minorenne, avrebbe lo stesso effetto della sentenza d'interdizione, e tuttavia l'incapacità di quello sarebbe sempre il risultato di una disposizione della legge ». A queste ragioni replicano parecchi scrittori e alcuni tribunali, come in seguito vedremo, che la legge statuisce espressamente doversi con una nuova sentenza togliere l'interdizione pronunziata, e citano l'art. 512 del C. N., sostanzialmente ripetuto da tutti i Codici civili posteriori modellati su quello (1), nel quale articolo è detto che « l'interdetto, pel quale sia cessata la causa dell'interdizione, non può ricuperare la pienezza della capacità civile, prima che il giudice abbia tolto di mezzo l'interdizione con una nuova sentenza ». Questo argomento sembra forte a prima giunta, ma, ove ben si consideri, lo si trova non confacente al caso in quistione. Imperocchè la cessazione della causa dell'interdizione, di cui si parla nel citato articolo, non si può confondere col cessare di essere considerata dalla legge nuova come causa d'interdizione quella che era dichiarata tale dalla legge anteriore; quell'articolo non ha appunto di mira che la ordinaria cessazione di una tal causa, cioè l'essersi mutate per modo le condizioni subbiettive dell'interdetto, che questi non possa più rimaner tale senza ingiustizia.

Che se, come abbiamo dimostrato fin qui, i generali principii intorno alla retroattività delle leggi concernenti lo stato personale vorrebbero che, abolita una volta l'interdizione del prodigo, le anteriori sentenze d'interdizione per titolo di prodigalità perdessero *ipso jure* ogni effetto, noi non approveremo perciò l'opinione sostenuta nella sentenza della Cassazione di

(1) V. per es. art. 338 del Cod. civ. italiano.

Digitized by Google

Parigi del 20 maggio 1806, riferita precedentemente. Noi non la possiamo approvare per un motivo superiore ai principii suaccennati, cioè per interpretare ragionevolmente l'intenzione del legislatore, quando questi aboliva l'interdizione del prodigo, e vi sostituiva l'inabilitazione.

L'intenzione del legislatore, noi abbiamo già detto nella Parte Generale di quest'opera (v. Vol. I, pag. 149), deve essere anzitutto interpretata e rispettata nel fissare i limiti dell'applicazione di una legge; i principii teorici di giurisprudenza transitoria suppliscono appunto al difetto di norme contenute nelle stesse leggi positive intorno ai limiti del loro effetto retroattivo. Nell'attuale quistione, dice benissimo il Merlin (l. c., p. 247), non vi ha altra bussola fuorchè l'intenzione del legislatore; Meyer (pag. 49) e Chabot de l'Allier (pag. 7) prima del Merlin, Mailher de Chassat (pag. 256) ed altri, dopo, pensarono egualmente, e tutti si accordano appunto nell'escludere per tal motivo, che una nuova legge, sostituendo all'interdizione l'inabilitazione del prodigo, possa avere per effetto di rendere pienamente capaci, neppur momentaneamente, i prodighi, interdetti sotto l'impero della legge anteriore; noi ci associamo pienamente a questi giureconsulti in tale pensiero. Imperocchè, si può dire colle parole di Chabot de l'Allier (*ib.*): che egli è un accusare il legislatore di funestissima imprevidenza, il supporre ch'egli abbia avuto l'intenzione di restituire immediatamente la libera e intiera disposizione dei suoi beni ad un uomo che era stato interdetto dai tribunali per causa di prodigalità, lasciandolo così senza guarentigia nè soccorso, in balìa alla sua passione, e fornendogli anzi i mezzi di dissipare il resto della sua fortuna.

Esclusa l'opinione consegnata nella sentenza della Cassazione di Parigi del 20 maggio 1806, egli è facile comprendere che per conciliare nell'attuale quistione i principii generali di gius transitorio personale colla suaccennata ed evidente inten-

Digitized by Google

zione del legislatore, due sole vie rimangono aperte: o ritenere che l'interdizione siasi immediatamente trasformata, in virtù della legge nuova, in semplice inabilitazione, e il precedente curatore in semplice consulente, oppure ritenere che la interdizione rimanga in vigore fintantochè non venga fatta cessare da una nuova sentenza che vi sostituisca l'inabilitazione. Nel primo modo si darebbe piena e immediata applicazione alla legge nuova, sia rispetto all'abolizione dell'interdizione del prodigo, sia rispetto alla sottoposizione del medesimo ad un consulente giudiziale; nel secondo modo quell'immediata applicazione consisterebbe soltanto nel potersi subito invocare una sentenza che regolasse la condizione del prodigo secondo la nuova legge. Il primo di questi modi coincide colla seconda opinione, che noi ci siamo da principio proposti di esaminare; vediamo se noi possiamo accettarla col Meyer, col Mailher de Chassat, e colla sentenza della Cassazione di Parigi del 6 giugno 1810.

Quei due scrittori non spiegano veramente come e perchè la precedente sentenza d'interdizione del prodigo si possa e si debba cambiare, quanto agli effetti, in una sentenza di semplice inabilitazione; al Meyer (p. 50 in f.) sembra questa una evidente applicazione del principio che le nuove leggi sullo stato personale si applicano immediatamente; il Mailher de Chassat (1, pag. 266) dichiara che siffatta opinione non è conforme al rigor dei principii, ma pur l'ammette, principalmente perchè vi scorge una piena effettuazione del duplice intendimento del legislatore, di non lasciare cioè, neppure per un momento, il prodigo in piena balìa di se stesso, e di non eguagliarne però la condizione a quella di un demente. La Corte di cassazione di Parigi nei surriferiti motivi della sentenza del 6 giugno 1810 dimostra evidentemente la stessa persuasione del Meyer, e di più adduce l'argomento dell'autorità della sentenza d'interdizione.

Digitized by Google

Tutte queste non ci sembrano ragioni, e in pari tempo gravi difficoltà c'impediscono di approvare l'opinione in discorso.

Invero la pratica utilità, o per dir meglio la comodità di una opinione non può bastare, come parve al Mailher de Chassat, ragione sufficiente per ammetterla, e meno ancora ove essa discostisi dai rigorosi principii. Quanto alla ragione addotta dalla Cassazione di Parigi, di rispettare l'autorità della sentenza d'interdizione, abbiamo già dimostrato sopra quanto manchino di fondamento. L'evidenza poi, alla quale si appellano la stessa Corte e il Meyer, ci sembra impedita da talune obbiezioni non meno evidenti per noi, e di una forza che riescirà forse evidente anche ad altri. Come può ritenersi applicata davvero la nuova legge intorno all'inabilitazione del prodigo, se, mentre questa esige che l'inabilitazione venga pronunziata dal giudice *causa cognita*, e con apposita sentenza, si sottopone il prodigo ad un consulente senza esigere questa sentenza? Che una sentenza interdizionale possa tener luogo di una sentenza d'inabilitazione, o convertirsi in questa, noi non ci sappiamo persuadere, e in ciò appunto ci sembra il più grave obbietto alla dottrina che andiamo esaminando. Una sentenza non si può convertire in un'altra, e in generale nessun rapporto giuridico può convertirsi in un altro rapporto, più di quello che una cosa materiale possa convertirsi in un'altra cosa materiale. Non si deve di certo esagerare il rispetto della cosa giudicata fino a ritenere che uno stato personale, determinato da una sentenza giudiziale passata in giudicato, debba continuare a sussistere anche dopo l'attuazione di una legge la quale più non ammetta un tale stato; ma d'altra parte non è mai lecito, e neppure nelle materie di stato personale, aver così poco rispetto di una sentenza, da farle produrre effetti che essa non contiene e che soltanto si potrebbero ottenere mediante una sentenza nuova. Tale è appunto quel rispetto alla cosa giudicata, a cui noi al-

Digitized by Google

ludevamo in un precedente paragrafo (v. sopra p. 35-36), toccando incidentalmente della questione attuale. Se, considerata soltanto in relazione ai principii generali del gius transitorio personale, la legge nuova dovrebbe togliere effetto alle precedenti sentenze d'interdizione del prodigo, non potrebbe in virtù dei medesimi principii conservarle in parte soltanto, per far loro tener luogo di sentenze di altra natura. Neppure al legislatore è possibile far dire ad una sentenza ciò che essa non ha detto, dandole effetti diversi da quelli che essa statuisce. Che poi siffatta trasformazione si concilii col rispetto della cosa giudicata, ed anzi sia una conseguenza di questo rispetto, come affermò la Corte di cassazione di Parigi, noi possiamo ancor meno comprendere. Il Mailher de Chassat sembra aver preveduta questa obbiezione, e avervi voluto rispondere, riflettendo, come si è veduto sopra, che nel più è compreso il meno, e che per conseguenza una sentenza di interdizione può ben ridursi agli effetti della semplice inabilitazione. Ma come mai non si avvide questo egregio scrittore che il meno è compreso nel più sol quando si tratti di cose della medesima specie, e che tali non sono l'interdizione e l'inabilitazione, appunto perchè la legge le distingue l'una dall'altra, col dare a ciascuna per fondamento una sentenza speciale?

Il Merlin (l. c., pag. 247) ha pure intraveduta la suesposta obbiezione, avvertendone un lato che ha veramente una particolare importanza. Egli osserva che il tutore del prodigo non si può trasformare *ipso jure* in curatore senza ledere principii inconcussi di diritto, e veramente è questo uno degli effetti in cui maggiormente si manifesta la giuridica impossibilità della trasformazione da noi combattuta. Come si può presumere, egli dice, che il legislatore abbia voluto trasformare un amministratore nominato da un consiglio di famiglia in un consulente, il quale, secondo l'art. 513 del Codice Napoleone non potrebbe essere nominato che dal giudice, e, ciò

Digitized by Google

che più monta, trasformare un amministratore che non si poteva esimere da questo ufficio senza legittima dispensa, in un consulente il quale potrebbe non accettare di esserlo, e, dopo avere accettato, potrebbe in qualunque tempo dimettersi? Queste osservazioni sono analoghe a quelle che noi facemmo più sopra in questo medesimo paragrafo (v. sopra pag. 104) trattando la quistione inversa della presente.

Noi non possiamo dunque ammettere neppure la seconda delle opinioni che ci siamo proposti di esaminare.

Che se noi abbiamo negato che la sentenza d'interdizione del prodigo possa perdere ogni effetto, in modo di restituire al prodigo la piena capacità civile, senza andar contro all'intenzione del legislatore di non lasciare questa persona in balìa di se stessa, e non abbiamo neppure ammesso che quella sentenza possa trasformarsi in sentenza d'inabilitazione, senza sovvertire principii giuridici inconcussi, che cosa ci rimane a pensare onde conciliare e rispettare in pari tempo questi principii e quella intenzione?

Il solo modo di raggiungere questo duplice scopo sembraci consistere nel tener ferma provvisoriamente la precedente sentenza d'interdizione del prodigo, che avrebbe dovuto perdere ogni effetto in virtù dei generali principii del gius transitorio personale, fintantochè il giudice non abbia pronunziato sentenza d'inabilitazione, rivocando la prima. È questa l'ultima delle opinioni accennate da principio (p. 106), e per essa, mentre si lascia campo all'inabilitazione del prodigo voluta dalla legge nuova, e nel modo prescritto da questa, cioè mediante una nuova sentenza, si soddisfa eziandio all'intenzione del legislatore che nessun prodigo rimanga neppure per un istante in piena balìa di se stesso. Egli è vero che in questa maniera rimane inapplicato il principio fondamentale del gius transitorio personale, e che per qualche tempo un individuo viene a trovarsi in uno stato che la legge nuova più non am-

Digitized by Google

mette, ma, lo ripetiamo, tutto ciò è conforme all'intenzione del legislatore rettamente interpretata, e deve quindi ammettersi, a costo di scorgervi una eccezione a quel principio, ma una eccezione voluta dal legislatore. Egli è però vero altresì che, siccome abbiamo già notato, in tal maniera si viene in certo modo a dare applicazione immediata anche all'abolizione dell'interdizione, col rendere cioè immediatamente possibile che la interdizione medesima venga fatta cessare mediante la presentazione di una domanda d'inabilitazione.

Taluno potrebbe però obbiettare che, per non offendere un principio di diritto, ammettendo la trasformazione della interdizione in inabilitazione, noi ne offendiamo un altro, ammettendo che rimanga in vigore la sentenza d'interdizione del prodigo dopo l'abolizione di questo istituto, e con ciò noi veniamo a scegliere fra due vie precisamente la peggiore. Imperocchè l'opinione da noi rifiutata avrebbe su quella che adottiamo il vantaggio di mettere il prodigo nella condizione assegnatagli dalla legge nuova, subito dopo l'attuazione di questa.

A questa obbiezione noi rispondiamo che il principio della immediata applicazione delle leggi personali, e in generale il principio che le leggi devono ricevere la più ampia applicazione possibile senza ledere diritti acquisiti, possono venire limitati e ristretti negli effetti loro dal legislatore per buone ragioni di equità e di convenienza; cioè il legislatore può, in virtù di ragioni di questa natura, volere che una legge personale, o di qualunque altra specie, tardi ad essere applicata in certi casi, nello stesso modo e per le stesse ragioni per le quali egli potrebbe ritardare la stessa pubblicazione della legge. Il principio invece che una sentenza non possa essere snaturata nel suo significato e nei suoi effetti, è manifestamente fra quelli che il legislatore non può mai permettersi di violare, perchè l'impossibile giuridico ha la stessa gravità

Digitized by Google

dell'impossibile fisico, e non si può quindi neppur mai supporre che egli abbia voluto proporselo.

L'opinione da noi seguita conta eziandio il maggior numero di fautori, ed è la più frequentemente accolta dalle legislazioni positive. La propugnano fra gli altri il Chabot de l'Allier (v° *Prodigue*, Vol. III, pag. 6), lo Struve (pag. 203), il Merlin (l. c., p. 427), il Dalloz (*R.* art. *Lois*, n. 241), il Kalindero (p. 79), e il Theodosiades (p. 95). Le ragioni però che hanno determinato questi scrittori non sono per la maggior parte identiche alle nostre. In generale si dà molto peso all'argomento, da noi combattuto, che l'art. 512 del C. N. esige una sentenza per togliere l'interdizione come per costituirla. Dove però tutti i fautori di questo avviso si accordano, gli è nello escludere l'annullamento totale della sentenza d'interdizione per non contraddire all'intenzione del legislatore. Che anzi il Chabot, il quale non aveva pensato affatto alla seconda soluzione della quistione secondo la citata sentenza di Cassazione del 1810, non adduce dell'opinione suesposta altra giustificazione che quella.

Fra le leggi positive che hanno seguita l'opinione da noi sostenuta, voglionsi citare: la parmense del 1820 (v. Vol. I, pag. 99, in nota), la sarda del 1837 (*ib.*, pag. 104, in nota), l'estense del 1852 *ib.*, pag. 107, in nota), la legge transitoria civile per l'Umbria del 26 novembre 1860 (art. 5) (1), e l'italiana del 1865 (*ib.*, pag. 118, in nota) (2).

Non manca neppur la conferma di sentenze giudiziali all'opinione da noi difesa. Già nell'occasione di quel processo

(1) Questa legge eccettua però da tale principio le interdizioni che non fossero state pronunciate da un tribunale ordinario.

(2) Affatto eccezionale e cagionata in gran parte da quella diffidenza verso l'amministrazione francese al principio del secolo, che inspirò più di una volta le leggi transitorie tedesche di quell'epoca fu la disposizione della legge transitoria di Lubecca del 1814, che si dovessero fare nuove indagini intorno alle sentenze d'interdizione pronunziate sotto l'impero della legislazione civile francese.

Digitized by Google

che diede luogo alla riferita sentenza della Cassazione di Parigi del 20 maggio 1806, la minoranza di quella Corte era stata d'avviso che il curatore del prodigo dovesse continuare ad agire in di lui nome ed a rappresentarlo fintantochè il prodigo non avesse fatto levare la interdizione con una nuova sentenza (v. Chabot de l'Allier, l. c.). La suddetta sentenza di Cassazione riformava una decisione della Corte d'appello di Torino. Precedentemente la stessa opinione era stata adottata da una sentenza della Corte d'appello di Lione del 2 pratile anno 12 (1), e posteriormente lo fu da una sentenza della Corte d'appello di Rennes del 14 giugno 1819 (2). Dell'art. 18 della legge transitoria italiana 30 novembre 1865 molte furono le applicazioni; v. per es.: Cassazione di Torino, 18 dicembre 1873 (3), e 5 febbraio 1880 (4), Cassaz. di Roma, 27 ottobre 1877 (5).

Se invece di modificare o trasformare in qualche caso la interdizione inflitta dalla legge anteriore, la legge nuova l'abolisse totalmente, non lasciandone più sussistere alcuna parte, quest'abolizione avrebbe certamente effetto immediato sulle interdizioni già pronunziate. Ciò direbbesi, per es. (v. sopra pag. 36), se la legge nuova togliesse affatto la prodigalità dal novero delle cause che possono giustificare una diminuzione qualunque della capacità giuridica. Le cose da noi già dette intorno al nessun valore della sentenza passata in giudicato di fronte ad una legge nuova sullo stato personale vengono in conferma di tale principio.

Qualunque siano però le differenze fra la legge nuova e l'an-

(1) *C. N.* 9, 530; *Pasicr., Jurispr. des tribun. et des Cours d'appel*, 1ª part., pag. 308.
(2) *Pasicr.* ib., 2ª part., 1819, pag. 138.
(3) *Giornale delle Leggi*, 1874, 206.
(4) *F. I.* 1880.
(5) *G. I.* xxx, 1, 308.

Digitized by Google

tica nella materia della interdizione e della inabilitazione, non vuolsi mai dimenticare il principio (v. sopra pag. 26) che gli atti giuridici, posti in essere dall'interdetto o dall'inabilitato sotto l'impero della legge precedente, devono essere esclusivamente giudicati secondo questa legge (1). Ciò dicasi in particolare sia rispetto alle ulteriori conseguenze della invalidità di un atto e negozio giuridico, posto in essere da chi fosse stato interdetto o inabilitato sotto l'impero della legge precedente, e non lo fosse più sotto l'impero della legge nuova, sia rispetto alla efficacia di una sentenza d'interdizione o d'inabilitazione, pronunziata sotto l'impero della legge nuova, su atti e fatti posti in essere dall'interdetto o dall'inabilitato sotto l'impero della legge precedente. Fu quindi ingiustamente retroattiva la proposta fatta e accettata nel seno del Comitato di legislazione francese li 2 settembre 1793 (*Lois civ. interm.*, t. I, p. 380, ap. Bergmann, nota 333) di dare effetto alle obbligazioni poste in essere da un prodigo sottoposto ad interdizione in virtù delle leggi antiche, e prima che tale interdizione fosse stata abolita. Nè meno ingiusta sarebbe l'opinione che, abolita una legge la quale non avesse permesso che in nessun caso s'impugnassero gli atti giuridici di un prodigo dichiarato, anteriori a questa dichiarazione, e sostituitavene un'altra la quale permettesse invece tale impugnativa, a certe condizioni, per es. se la prodigalità fosse stata notoria anche prima della dichiarazione suddetta e al momento in cui fosse stato posto in essere un dato atto, si potesse applicare la seconda legge ad atti posti in essere da un prodigo sotto l'impero di quella prima legge.

Non è ugualmente piano il caso inverso a quello esposto dianzi, e diede infatti occasione ad un importante processo ultimato da una sentenza della Cassazione di Parigi del 18 novembre 1806 (2).

(1) Confr. Cass. di Firenze, 15 dicembre 1870 (*A. G.* IV, 2, 393).
(2) D. *R.* 9, 570; *Pasicr.*, 1ª serie, *Cour. de cass.*, Vol. IV, pag. 350.

Digitized by Google

Un tale Operti piemontese era stato sottoposto a consulente giudiziale nel messidoro anno 12, mediante sentenza basata sull'articolo 513 del Codice Napoleone. Anteriormente alla sentenza ed alla promulgazione di quel Codice in Piemonte, Operti aveva confessato di essere debitore verso un tal Canosio della somma di 10,815 lire piemontesi. Fattosi il Canosio a reclamare il pagamento dell'anzidetta somma, l'Operti obbiettò che egli si trovava già in istato di prodigalità quando avea fatta quella dichiarazione, e per conseguenza quest'atto non poteva avere forza alcuna, quantunque il consulente giudiziale fosse stato nominato dopo, attesochè le leggi sarde vigenti quando fu rilasciato il chirografo ammettevano la nullità delle obbligazioni assunte dal prodigo anche prima della dichiarazione di prodigalità, se la prodigalità fosse stata notoria quando quelle obbligazioni si contraevano. Si offeriva quindi l'Operti di provare mediante testimoni le circostanze del fatto in quistione. Replicava il Canosio che, essendo l'Operti stato dichiarato prodigo dopo l'attuazione del C. N., le obbligazioni da lui contratte precedentemente a tale dichiarazione, non potevano essere impugnate, opponendovisi le disposizioni di questo Codice, e in particolare gli articoli 303, 504, 513. Il Tribunale di prima istanza di Torino ammise la domanda del Canosio e ordinò il pagamento della obbligazione. Ma la Corte d'appello di Torino annullò la sentenza dei primi giudici, e ordinò la prova testimoniale offerta dall'Operti. Avendo il Canosio ricorso in Cassazione, la Corte di cassazione di Parigi respinse il ricorso, e tenne ferma la sentenza della Corte di Torino pei seguenti motivi: « attesochè la Corte d'appello non avrebbe potuto applicare alla quistione le disposizioni del Codice civile enunciate nel ricorso dell'attore, senza dar loro effetto retroattivo, poichè si trattava della validità di una obbligazione anteriore alla promulgazione di quel Codice; attesochè, dovendosi la quistione decidere secondo le leggi sarde, la sentenza impugnata,

Digitized by Google

coll'ammettere la prova dei fatti articolati dall'Operti non fece che applicare giustamente quelle leggi, respinge, ecc. » (vedi Chabot de l'Allier, voc. *Prodigue*, pag. 10-15).

La vera difficoltà di tale quistione risiede propriamente in ciò che, mentre da una parte gli atti anteriori alla interdizione, e intorno ai quali si discute, essendo stati posti in essere sotto la legge precedente, sembrano doversi potere annullare per titolo di notoria prodigalità in virtù di essa legge, d'altra parte essendo codesta possibilità di annullamento, astrattamente considerata, una conseguenza della sentenza d'interdizione, sembra che non la si debba ammettere per non offendere la legge nuova, sotto il cui impero la sentenza d'interdizione venne pronunziata. Noi crediamo però che da questa difficoltà si possa uscire, e che vi siano buone ragioni per approvare le due riferite conformi sentenze. Imperocchè, senza negare che l'annullabilità o meno degli atti del prodigo, anteriori alla sentenza d'interdizione, sia quistione intorno agli effetti di questa sentenza, vuolsi però avvertire che, imperando una legge la quale permette che quegli atti si annullino date certe condizioni, ogniqualvolta un prodigo contrae o in qualunque maniera si obbliga verso chi dovea conoscere il suo difetto dominante, acquista col fatto medesimo della sua obbligazione il diritto di farla annullare in virtù di tal legge (v. Vol. I, pag. 243), ma un diritto condizionato alla pronunzia della sentenza d'interdizione. Or bene, i diritti condizionati noi sappiamo (*ib.*, pag. 228) che si debbono parificare ai perfettamente acquisiti, fra gli altri casi anche in quello che la condizione non possa essere impedita da colui al quale recherebbe danno, come appunto nel caso presente il creditore del prodigo nè ha la facoltà di farlo interdire, nè ha quella di opporsi alla sua interdizione. Vero è che nel caso in quistione la condizione apposta al diritto del prodigo si verifica sotto l'impero di una legge che non vi attribuisce tale effetto, ma nessuna legge nuova può certamente impedire che prima della

Digitized by Google

sua emanazione venisse anticipatamente assegnato ad un dato fatto un valore differente che quello che essa vi attribuisce.

In questo paragrafo e nel precedente noi parlammo della curatela e della tutela propriamente considerate, cioè come di condizioni personali di minorenni o di maggiorenni. La curatela però ha questo di speciale che può anche essere costituita *ad hoc*, cioè per speciali affari, epperò chiamarsi curatela speciale. Se ora intorno a questa differisce la legge nuova dalla precedente sotto il cui impero una data curatela speciale venne costituita, i principii di gius transitorio da applicare sono analoghi a quelli già esposti intorno alla curatela personale. Venendo cioè abolita in un dato caso una curatela speciale, cessano di aver effetto quelle già costituite; epperò commise, a nostro credere, un grave errore la Corte d'appello di Venezia, dichiarando in una sentenza 24 febbraio 1880 (1) che una curatela costituita ad una eredità giacente, vigente il Codice civile austriaco il quale l'ammetteva, continui a sussistere anche dopo l'attuazione del Codice civile italiano, che più non considera l'eredità giacente come persona giuridica. — Se la legge nuova sostituisce un'altra persona a quella che per la legge precedente aveva veste di nominare il curatore speciale, il curatore nominato vigendo la legge precedente continua nelle sue funzioni sino a tanto che non sia stato revocato da chi per la legge nuova ne ha il potere, e ciò perchè ogni atto fatto a termini di legge conserva il suo vigore giuridico fino a che non si verifichi il caso in cui lo debba perdere in virtù di una legge nuova. Onde giustamente la Cassazione di Torino in una sentenza 26 gennaio 1870 (2) ebbe a dichiarare che il curatore nominato dal giudice a un figlio illegittimo, vigendo il Codice civile austriaco, può continuare a rappresentarlo in

(1) *G. I.* XXXII, 2, 883.
(2) *M. T.* XI, 175.

Digitized by Google

un giudizio di paternità anche dopo l'attuazione del Codice civile italiano, che dà quella rappresentanza alla madre.

Un curioso esempio di curatela, che differisce in pari tempo dalla personale, e da quella *ad hoc*, era in qualche paese della monarchia austriaca la curatela volontaria, costituita da un maggiorenne a se medesimo. Abolita da una legge nuova siffatta curatela, noi opiniamo, contrariamente ad una decisione della Corte suprema di Vienna 27 maggio 1857 (1), che ogni curatela di tal genere, già costituita, debba *ipso jure* ed *ipso facto* cessare, anche se la volontaria deputazione del curatore sia stata confermata da sentenza del giudice. Ciò in conformità ai principii da noi propugnati intorno alla retroattività delle leggi personali, e all'efficacia delle sentenze giudiziali in confronto di ogni nuova legge di tal genere.

§ 12.

Dei diritti e delle prerogative politiche.

I diritti e le prerogative pubbliche o politiche sono certamente anch'esse un elemento importante dello stato delle persone, considerate nei loro rapporti colla intiera società. Tali intendiamo, come già abbiamo avvertito nella Parte Generale di quest'opera (Vol. I, p. 212), quei diritti che cadono propriamente su oggetti od interessi pubblici, o che, avendo un oggetto patrimoniale, limitano o scemano un qualche diritto dello Stato. E quelle prerogative intendiamo, per le quali, chi ne è investito, partecipa in qualche modo all'esercizio del supremo potere dello Stato.

È per esempio un diritto politico l'esenzione dalle imposte, che spetti ad una data classe di persone o ad una parte di territorio, ed è propriamente un diritto che limita l'esercizio del potere amministrativo finanziario; è una prerogativa politica

(1) *Coll. Glaser*, I, n. 368.

Digitized by Google

l'appartenere ad una classe o ad un corpo, i cui membri abbiano per tutta la loro vita una parte nella confezione delle leggi, come per esempio alla classe e al corpo dei Senatori o dei Pari, e questa prerogativa attiene all'esercizio della stessa sovranità sociale o del potere legislativo. Talvolta le prerogative di questo genere sono accompagnate da un emolumento che si percipe dal pubblico erario; come per es. i Senatori dell'Impero francese ricevevano uno stipendio per tutta la loro vita, ma non per questo motivo l'esercizio di tali prerogative può considerarsi come un rapporto di locazione e conduzione d'opera, intercedente fra lo Stato e coloro che sono rivestiti delle medesime, a somiglianza dei rapporti di questo genere che sogliono porsi in essere fra privati. Non si devono quindi confondere colle prerogative politiche le pubbliche cariche, quantunque d'indole politica. Queste cariche hanno in parte natura di locazioni e conduzioni d'opera fra lo Stato e certe persone, e sono quindi sotto certi aspetti anche rapporti giuridico-privati, benchè intercedenti fra un cittadino e lo Stato; possono essere tanto offerte quanto chieste; vengono esercitate in modi più o meno determinati, e colla minaccia di giudiziale responsabilità se codesti modi non vengano osservati; sogliono essere retribuite, e in questo caso coloro i quali le chieggono o le accettano hanno tanto di mira la morale soddisfazione di possederle, quanto il vantaggio pecuniario che le accompagna; per tutte queste ragioni il discorso intorno alle pubbliche cariche nel diritto transitorio appartiene piuttosto alla parte di questo in cui si ragiona dei contratti, che non all'attuale in cui si tratta dei diritti di stato personale. — Diritti e prerogative poi di indole politica, come per es. di non pagare certe imposte, d'inviare un rappresentante al Parlamento, possono tanto appartenere ad individui, quanto a collettività di persone, come potrebbero essere corporazioni, comuni, provincie, e nell'un caso e nell'altro la loro natura è la stessa.

Digitized by Google

Pochi scrittori si domandarono se tali diritti si possano ritenere acquisiti nel senso che nessuna legge possa toglierli a coloro che ne sono legalmente rivestiti. Fra gli altri lo Struve (pag. 271, 275), il Wächter (Vol. II, pag. 183), lo Schaaf (pag. 298), e il Lassalle (pagg. 81, 199 e segg.) hanno rivolta speciale attenzione a questo argomento, ma nessuno di loro lo ha completamente svolto. I due ultimi rispondono negativamente a quella domanda; il primo invece vi risponde differentemente secondo il diverso modo in cui quei diritti vennero conseguiti.

Coerentemente a quanto abbiamo già detto nella Parte Generale (Vol. I, p. 212), noi pure siamo dell'avviso di Wächter, di Schaaf, di Lassalle, che i *diritti e le prerogative d'indole pubblica o politica non si possono mai dire diritti acquisiti, ma sono piuttosto mere concessioni dello Stato, che questo può sempre ritogliere.* Nulla infatti di ciò che appartiene alla propria opera d'azione dello Stato può mai diventare privata proprietà, nè può mai entrare nel patrimonio di un privato se non per uscirne nello stesso modo in cui vi è entrato, non appena cioè il pubblico interesse esiga quella seconda cosa, come precedentemente aveva consentito o voluto la prima. Dice benissimo il Wächter: « rigorosamente parlando, anche i diritti singolari d'intiere classi di persone o di cose sono acquistati mediante quello speciale fatto col quale sono connessi (che taluno sia soldato, nobile, prete, ecc.), e col quale s'identificano in un subbietto determinato. Ma siffatte prerogative non danno diritto a quei vantaggi che la legge ne fa nascere, se non finchè la legge è in vigore. Imperocchè, siccome la cagione per cui tali diritti sono surti, non è che la conformità di certe qualità personali alla legge vigente, così la durata loro è la stessa durata di questa legge, e devono mutarsi e cessare insieme alla medesima, al pari di qualunque altra qualità legale di una persona ». Notisi del resto che anche i principii da noi esposti nella Parte Generale (Vol. I, p. 338 e

Digitized by Google

segg.) intorno alle istituzioni perpetue concorrono molte volte a dimostrare il diritto del legislatore di togliere di mezzo diritti e prerogative d'indole politica. Imperocchè non di rado siffatti diritti sono appunto congiunti con istituzioni di tal natura, come per es. le prerogative dei nobili furono per molto tempo una conseguenza del sistema feudale. E precisamente da questo lato viene il tema attuale considerato da Lassalle (l. c.) nella ingegnosissima confutazione del concetto del diritto acquisito formulato dallo Stahl (1). — Sentenze di tribunali italiani, conformi alla esposta dottrina, abbiamo già ricordate nella Parte Generale (Vol. I, p. 211 e 215); aggiungiamo a queste una sentenza della Corte di cassazione di Roma 16 marzo 1882 (2).

Dissente dalle precedenti opinioni lo Struve in più di una applicazione pratica. Per esempio, ragionando (l. c.) del diritto di esenzione dalla imposta, egli lo ritiene acquisito e inviolabile in chi l'abbia conseguito nei modi costituzionali, non in chi l'abbia ottenuto per concessione di un Sovrano che non aveva questa competenza, come per esempio da un Principe dell'Impero germanico. Non ha riflettuto lo Struve che, come coll'andar del tempo le stesse costituzioni politiche e i governi si cambiano, e da legittimi diventano illegittimi, così anche gli atti dei governi, e in particolare le loro concessioni possono cessare di essere rispettate pel solo mutarsi delle sociali condizioni. Neppure possiamo convenire collo Struve quando afferma (pag. 277) che la dignità di Pari di Francia, conferita sotto il regno di Luigi XVIII e di Carlo X, era un diritto acquisito, di cui si poteva bensì impedire l'ulteriore trasmissione ereditaria,

(1) Lo Stahl (*Philos. d. Rechts*, 3ª ed., vol. 2, p. 336) definisce il diritto acquisito: « quello che proviene da atti umani, oppure *da un dato stato di cose* ». Lassalle dimostra eloquentemente i pericoli di questa definizione, che lo Stahl rese poi anche peggiore, soggiungendo: « che la necessità può giustificare la violazione di qualunque diritto acquisito ».

(2) *G. I.* 1882.

Digitized by Google

ma non si potevano spogliare coloro che ne erano rivestiti, senza ingiustizia e all'infuori di un'epoca rivoluzionaria. Dicasi pure rivoluzione un cambiamento nella costituzione politica; non tanto importano le parole quanto i principii, ed or chi dirà che ogni nazione non abbia il diritto di sostituire al modo in cui è governata, un altro che ritiene migliore? E una volta abolita la Paria, come potranno meglio sussistere i Pari già nominati, di quello che se ne possano creare di nuovi?

Che se i diritti e le prerogative d'indole politica possono essere tolte da una legge nuova anche a coloro che già ne sono rivestiti, non ne segue però che sia giusto del pari l'applicare una legge siffatta senza aver riguardo alcuno alle conseguenze che risentiranno i privati colpiti da essa. Non cessa di essere leso un diritto, perchè i danni provenienti dalla lesione siano stati riparati, nè il diritto spettante allo Stato di manomettere in certi casi certi diritti, lo esime dall'obbligo di indennizzare i privati cui i diritti appartenevano. Codesto obbligo è infatti riconosciuto dalla generalità degli scrittori, ed anche dai legislatori lo fu parecchie volte, cosicchè il dirne qualche parola è veramente indispensabile complemento della dottrina che andiamo esponendo.

Discordano gli scrittori nel determinare i casi, cioè i diritti e le prerogative che non si possano abolire senza indennità ai possessori. Secondo alcuni, come per es. il Reyscher (ap. Wächter, I, 183, n. 39) e lo Stahl (op. cit., pag. 538 e segg.), l'indennità dovrebbe essere data sempre, qualunque sia la natura del diritto abolito. Ma questa opinione è combattuta dai più, fra gli altri dal Wächter (*ib.*) e dal Lassalle (v. sopra Vol. I, p. 340, nota 1), ed è facile comprenderne l'infondatezza. Per qual motivo invero ed in qual modo si darà un equivalente pecuniario di dignità e prerogative, la cui importanza è tutta morale? Dice benissimo il Wächter, non esservi maggior ragione di riparare pecuniariamente diritti di tal natura, che non ve ne

Digitized by Google

sarebbe di dare una indennità ai minorenni dopo abolita la restituzione in intiero *ex capite minorennitatis.*

Il Lassalle opina (l. c.) che non si debbano indennizzare i possessori di diritti aboliti, ove in seguito all'abolizione di questi diritti l'oggetto dei medesimi non possa più ottenersi con nessun altro diritto, lo si debbano invece, se l'abolizione colpisca piuttosto il titolo di una certa prestazione, che non la prestazione medesima, la quale potrebbe diventare oggetto di un altro diritto. Così per es. egli opina che non si debba veruna indennità ai possessori di schiavi dopo l'abolizione della schiavitù, e la si debba invece ai possessori di un diritto di decima dopo l'abolizione dei diritti feudali sulle terre, non essendo più possibile, egli dice, nel primo caso ottenere con nessun altro titolo da nessuna persona i servigi degli schiavi di una volta, mentre nel secondo caso la prestazione abolita può ottenersi con un altro titolo, per esempio mediante contratto di locazione. Noi abbiamo già additato in una precedente occasione (l. c.) la pratica inopportunità di questa dottrina, la quale poi è di sua natura così poco determinata, che soltanto arbitrariamente si può dichiararla applicabile o inapplicabile ad un dato caso.

In armonia con ciò che su questo proposito noi abbiamo già affermato nella Parte Generale (pag. 214), noi opiniamo che, *anche all'infuori di un contratto oneroso interceduto fra il privato e lo Stato, indennità deve essere data ai possessori di diritti politici aboliti, i quali abbiano sostanza patrimoniale, oppure interessino in qualche modo il patrimonio; estimandosi nell'un caso il valor pecuniario di tutto il diritto, nell'altro quella parte o quel lato soltanto che interessa il patrimonio* (l. c.). Ciò pure ebbero a dichiarare la Corte di cassazione di Torino, 27 aprile 1871 (1), la Corte d'appello di Roma in due sentenze 27 aprile 1875 (2), 11 dicembre 1871 (3); la Corte di Messina, 9 lu-

(1) *M. T.* XII, 471.
(2) *L.* XV, 1, 494.
(3) *A. G.* VI, 2, 26.

Digitized by Google

glio 1867 (1), la Corte di cassazione di Torino, 20 dicembre 1866 (2). A questo avviso ci sembra propendere anche il Wächter (l. c.). Crediamo quindi, contro il parere di Lassalle, doversi approvare quelle legislazioni le quali, abolendo la schiavitù, accordarono una indennità ai proprietari di schiavi, perchè la schiavitù non era soltanto un rapporto di personale soggezione, ma anche di prestazioni d'opere utili economicamente, e la cui immediata cessazione, od anche soltanto un immediato riordinamento, oneroso per il proprietario, non poteva non diminuirne il patrimonio, e talvolta eziandio cagionarne la rovina (3).

L'esposto principio si applica tanto a diritti di perpetua durata, quanto a temporanei soltanto. Rispetto alle concessioni di questa seconda specie vuolsi qui soltanto osservare che la indennità può talvolta consistere nella semplice restituzione della tassa che sia stata pagata come vero e proprio corrispettivo della concessione (4).

Egli è soltanto collo applicare rettamente e pienamente il principio in discorso, che un legislatore può dimostrarsi consapevole delle vere condizioni del progresso, il quale non può mai andar disgiunto dalla giustizia, nè esigere dall'individuo sacrifici che non siano veramente necessari allo Stato.

(1) *Ib.* 1, 2, 542.

(2) *G.* IV, 33.

(3) Anche negli Stati Uniti d'America quando cominciò l'ultima guerra per l'abolizione della schiavitù si ebbe l'idee di indennizzare i padroni degli schiavi; Lincoln fu tra i fautori di questo provvedimento. Ma l'idea venne poi abbandonata, e pare che i fatti non abbiano dato finora ragione a coloro che l'avversarono. — Nel 1859 furono aboliti in Austria, senza indennità, i così detti *radicirte Gewerbe*, cioè diritti di tener bottega, radicati nel possesso di certe case o fondi. Nel 1882 il deputato Lienbacher propose alla Camera dei deputati di Vienna il risarcimento di quei diritti aboliti, e tale proposta venne respinta, solo perchè tardiva.

(4) Non si dovrebbe restituire la tassa pagata pel conseguimento di titoli onorifici, quando questi venissero aboliti. Imperocchè nessun Governo può ardire di dichiarare roba venale le onorificenze che esso accorda, nè queste possono mai essere ritenute tali dai cittadini.

Digitized by Google

CAPITOLO VI.

Dello stato e della capacità delle persone considerate in relazione alla famiglia.

La seconda grande categoria delle relazioni personali comprende, come dicemmo precedentemente (v. sopra p. 3), le relazioni famigliari. La famiglia si compone dei genitori e della prole, e le relazioni famigliari intercedono appunto: *a*) fra i genitori considerati come coniugi, o in altri termini fra un coniuge e l'altro, *b*) fra i genitori e la prole, e reciprocamente. Tanto le prime, quanto le seconde danno poi luogo a suddistinzioni, secondo che si tratti dei diritti e dei doveri speciali del marito o della moglie, del padre o della madre. Le seconde in particolare danno luogo ancora ad un'altra distinzione, secondo che si abbia di mira la normale convivenza dei figli con ambedue i genitori, oppure si considerino i rapporti di quelli con ciascheduno di questi sia nel caso di avvenuta separazione dei coniugi, sia nel caso che l'uno o l'altro dei genitori abbia sopravvissuto all'altro.

Colla morte di ambedue i genitori viene a cessare la famiglia nel proprio e stretto senso della parola. Se i figli, o alcuno di essi trovasi in tale età da avere ancor bisogno dell'assistenza e della direzione che gli prodigavano i genitori, lo Stato non li lascia in balìa di loro stessi, e supplisce in qualche modo al difetto dei genitori mediante gli istituti della tutela e della curatela, ma appunto perchè queste sono istituzioni dello Stato, sia che trattisi di minorenni, sia che trattisi di maggiorenni, noi riferiamo i rapporti personali che ne nascono piuttosto alle generali relazioni fra l'individuo e lo Stato, che alle famigliari, e perciò ne abbiamo ragionato nel capitolo precedente.

Crediamo invece che si connetta naturalmente col discorso intorno ai rapporti famigliari quello intorno ai rapporti perso-

Digitized by Google

nali nascenti dalla illegittima procreazione. Famiglia è veramente un legame morale e giuridico nascente da giusto matrimonio, ma quantunque il concubinato e la procreazione fuori di matrimonio siano un surrogato dei rapporti matrimoniali, condannato dalla legge, questa però ne fa nascere conseguenze giuridiche, sia fra l'uomo e la donna che illegittimamente si congiunsero, sia fra essi e la prole nata in virtù della loro congiunzione. Ciò essendo, si può dire che vi hanno relazioni personali, le quali imitano in qualche modo le vere e proprie relazioni famigliari, e di quelle relazioni cade naturalmente il discorso in seguito a queste.

Non può quindi far meraviglia che la materia del diritto personale famigliare abbia dato occasione a molte e frequenti controversie, e che queste meritino di essere dibattute colla massima accuratezza.

§ 1.

Della promessa di matrimonio.

Le discussioni di gius transitorio intorno alle relazioni personali di famiglia devono certamente incominciare dal matrimonio, che è fondamento della famiglia nel vero e proprio senso di questa parola. Ora, siccome il matrimonio comincia alla sua volta a diventare oggetto del diritto, quando è anche soltanto promesso, così questa promessa costituirà propriamente il primo argomento delle ricerche di gius transitorio intorno al matrimonio.

Gli effetti giuridici degli sponsali sono stati differentemente intesi e regolati da differenti legislazioni, e propriamente le principali differenze si riscontrano confrontando le legislazioni odierne colle antiche. Il Diritto Romano antico riconosceva come pienamente obbligatoria la promessa di matrimonio, accordava una azione (*actio ex sponsu*) per l'adempimento della medesima,

Digitized by Google

e in caso di non giustificato rifiuto di uno qualunque degli sposi ad adempirla, l'azione traeva seco la condanna nell'*id quod interest*. Posteriormente questa condanna nell'*id quod interest* venne abolita, e fu invece imposto allo sposo ricalcitrante l'obbligo di pagare quattro volte il valore delle arre sponsalizie (v. Voet., *ad Pand.*, L. 23, tit. I, num. 22), finchè una costituzione di Leone ed Antemio, accolta nel Codice giustinianeo, L. 5, C. *De spons.*), ridusse quell'obbligo alla perdita delle arre date, ed alla doppia restituzione delle arre ricevute, e in pari tempo tolse ogni effetto alla clausola penale che in avvenire venisse aggiunta agli sponsali; tutto ciò pel motivo che *in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet*. Questo sistema venne poi modificato e reso più oneroso allo sposo ricalcitrante da una costituzione dell'imperatore Leone (Nov. 18), e in seguito il Diritto Canonico fece degli sponsali un impedimento impediente il matrimonio, e ripristinò l'azione per l'adempimento di quella promessa. Le legislazioni moderne sono ritornate quasi tutte sostanzialmente al sistema giustinianeo. Esse non ammettono azione all'adempimento della promessa di matrimonio, restringono in generale i diritti dello sposo, ingiustamente abbandonato, alla restituzione delle arre ed alla riparazione del danno realmente sofferto (1); il più recente dei Codici civili, l'italiano, statuisce negli articoli 53, 54, che « la promessa scambievole di futuro matrimonio non produce obbligazione legale di contrarlo, nè di eseguire ciò che si fosse convenuto pel caso di non adempimento della promessa », e ristringe il diritto dello sposo ingiustamente abbandonato « al rimborso delle spese fatte per causa del promesso matrimonio ».

(1) La giurisprudenza francese è generalmente contraria all'azione *en dommages et intérêts* (*id quod interest*) per mancato adempimento degli sponsali senza giusto motivo; non ammette neppure la stipulazione di una *clausola penale* a vantaggio dello sposo ingiustamente abbandonato, stipulazione permessa dalla Novella 18 (vedi Pailliet, *Manuel du droit civil*, 10ª ed., Bruxelles 1855, Vol. 1, pag. 71, nota *d*).

Digitized by Google

Egli è indubitato che le moderne legislazioni, nel seguire l'esempio della legislazione giustinianea intorno agli sponsali, furono mosse dallo stesso riguardo alla libertà del consenso al matrimonio.

Le quistioni transitorie che si possono fare intorno agli sponsali si riferiscono a variazioni nelle leggi positive, del genere di quelle dianzi riferite, sia cioè rispetto alla virtù obbligatoria della promessa di matrimonio, sia rispetto alle conseguenze economiche dell'inadempimento di essa. Venendo emanata una legge la quale abolisca l'azione per la conchiusione del promesso matrimonio, o diminuisca la prestazione pecuniaria dovuta dallo sposo ingiustamente recalcitrante, oppure venendo emanate leggi opposte a queste, quale sarà la loro influenza sugli sponsali posti in essere, ma non ancora adempiuti sotto l'impero di una legge precedente, la quale per avventura avesse contenuto disposizioni contrarie o diverse su quegli argomenti? Tali sono le quistioni transitorie in discorso.

Considerazione fondamentale in questa materia si è quella della natura delle leggi intorno alla promessa di matrimonio. Sarebbe un errore il considerare queste leggi unicamente come leggi contrattuali, quantunque gli sponsali siano essi medesimi un contratto, cioè una promessa data da una parte ed accettata dall'altra. Lo Struve (pag. 243) fu di questa opinione, ma a buon diritto non la divise nessuno degli altri non molti scrittori di gius transitorio che trattarono questo tema. Gli sponsali sono bensì, quanto alla forma, un contratto, ma nella sostanza, che più importa, essi mirano alla conchiusione del matrimonio, sono quindi fra le condizioni di questo, condizioni naturali, non essenziali, ma pur condizioni. Ciò posto, essendo il matrimonio uno stato personale, ne consegue che gli sponsali attengano strettamente a questo stato, e che il discorso intorno alla efficacia retroattiva di una nuova legge intorno ai medesimi

Digitized by Google

faccia parte di quello intorno all'efficacia retroattiva delle nuove leggi intorno al matrimonio, o in altri termini che i principii regolatori della prima debbano trascegliersi opportunamente fra quelli che regolano la seconda.

Or bene le nuove leggi intorno al matrimonio, come in seguito vedremo, e come discende dai principii generali già esposti intorno al diritto acquisito personale (v. sopra Cap. IV), si applicano retroattivamente, cioè immediatamente a tutti i matrimoni esistenti e a tutte le questioni già surte, e non ancora definite rispetto a un dato matrimonio, con questo solo limite, che della esistenza e validità di un matrimonio, conchiuso precedentemente, si possa decidere soltanto a tenore delle precedenti leggi. Gli sponsali non pongono in essere uno stato personale, ma preparano soltanto da lontano la costituzione dello stato matrimoniale; essendo per sè, come già dicemmo, condizione preparatoria di un matrimonio che non esiste ancora, ne consegue che gli *effetti degli sponsali, cadenti sotto l'impero di una legge matrimoniale diversa da quella sotto il cui impero gli sponsali furono posti in essere, devono essere esclusivamente regolati dalla prima legge.* Ciò dicasi tanto rispetto all'obbligazione assunta dallo sposo di contrarre matrimonio, quanto rispetto all'obbligazione patrimoniale nascente dalla inesecuzione della promessa. *Quanto alla seconda obbligazione però si deve intendere che la legge nuova non può applicarsi agli sponsali posti in essere, e non ancora eseguiti sotto l'impero della legge precedente, se non nel caso che le due leggi non differiscano nel regolare la prima obbligazione, cioè quella di contrarre il matrimonio promesso.* Veniamo a spiegare ed applicare questi principii.

Se in un paese in cui dalla promessa di matrimonio la legge faceva nascere azione alla conchiusione del matrimonio, conformemente ai generali principii intorno alle *obligationes faciendi*, viene messa in vigore una legge nuova che tale

Digitized by Google

azione più non riconosce, da questo momento in poi non si potrà più pretendere di promuovere una tale azione per una promessa di matrimonio fatta e non eseguita sotto l'impero della legge antica. Il diritto che si vorrebbe in tal caso far valere appartiene alla categoria dei diritti personali, ma non è, come vedemmo, fra i diritti personali che dalla legge nuova devono essere rispettati, non è quindi un vero e proprio diritto acquisito, e noi sappiamo che il diritto all'azione è compreso nel diritto che si vuol far valere, ove questo possa dirsi un vero e proprio diritto acquisito (v. Vol. I, pag. 266). Convengono di ciò pienamente l'Unger (pag. 140) e il Lassalle (pag. 302). Che se al momento dell'attuazione della suddetta nuova legge era già presentata una domanda giudiziale basata sulla legge anteriore, anche in questo caso dovrà seguirsi la legge nuova, e l'azione pendente non potrà più essere proseguita. Imperocchè noi abbiamo bensì dichiarato nella Parte Generale (*ib.*, pag. 254 e segg.) che le azioni pendenti, per se medesime considerate, non sottostanno all'effetto retroattivo di una legge nuova che più non le ammette, quando siano modi di esercitare e di convertire in diritto una semplice facoltà di legge; ma dove non può esistere vero e proprio diritto quesito, neppure avvi materia a facoltà di legge, che mediante il suo esercizio in quel diritto si trasformi. Non bisogna perdere di vista nell'attuale discussione, e nelle altre affini, che la promessa di matrimonio non ingenera nè uno stato, nè un diritto in cui l'individuo possa riposare, ma è soltanto un mezzo, un passaggio allo stato e ai diritti personali matrimoniali. Anche di ciò convengono i due citati scrittori; il Lassalle poi (l. c.), avverte che se anche fosse stata emanata e fosse passata in giudicato una sentenza condannatoria alla conchiusione di un matrimonio, abolito il principio dell'obbligatorietà degli sponsali, non potrebbesi più domandare l'esecuzione di tale sentenza. Noi pure siamo di questo avviso, e crediamo che non

Digitized by Google

ne possa dubitare chi rifletta che la sentenza, non mutando la natura del diritto che dichiara, non può sottrarre all'impero di una legge nuova un diritto che appunto di sua natura vi sarebbe sottoposto, il quale principio fu già da noi in altre occasioni applicato. — Le cose fin qui dette ricevono nuova conferma dallo scopo stesso di una legge abolitiva dell'obbligatorietà della promessa di matrimonio; imperocchè, essendo questo scopo, come è dichiarato nel Codice Giustinianeo, di custodire la libertà dei matrimoni, si può ritenere che anche l'intenzione di chi emanò quella legge si opponga all'applicazione di una legge contraria anteriore, in tutti i casi nei quali noi l'abbiamo negata in virtù di più generali principii.

Se la differenza fra la legge antica e la nuova intorno all'obbligatorietà degli sponsali fosse l'inversa di quella supposta nel caso precedente, cioè la legge nuova riconoscesse obbligatoria la promessa del matrimonio, mentre non la riconosceva l'antica, anche in questo caso la legge nuova dovrebbe applicarsi agli sponsali stipulati, ma non eseguiti prima della sua attuazione; chi avrebbe potuto rifiutarsi di mantenere la promessa sotto l'impero della legge precedente, non lo potrebbe più dopo che questa legge fosse stata abolita. A taluno potrà parere sulle prime che in questo modo la legge nuova non tanto regoli gli effetti degli sponsali stipulati sotto la legge precedente, quanto piuttosto attribuisca a quel rapporto giuridico una virtù obbligatoria che non poteva avere al momento in cui fu posto in essere. Ma quell'apparenza dileguasi al riflettere che nell'ipotesi in discorso coll'applicare retroattivamente il principio della obbligatorietà degli sponsali non si fa in sostanza che rimuovere un ostacolo al naturale effetto delle anteriori promesse di matrimonio, all'effetto cioè che il matrimonio abbia luogo in virtù della promessa data, il quale effetto incontrava appunto un ostacolo nella legge precedente, che non accordava azione giudiziale basata su tale promessa. Per sostenere che cionondi-

Digitized by Google

meno l'effetto retroattivo in discorso faccia produrre ad un atto giuridico una conseguenza che gli autori del medesimo non potevano aspettarsi in virtù della legge anteriore, bisogna ammettere che, vigendo una legge la quale non dà azione civile per far valere gli sponsali, nessuno si supponga promettere un matrimonio sul serio e coll'intenzione di obbligarsi, almeno moralmente. Ma questa supposizione è appunto contraria alla morale, e chiunque adducesse siffatta ragione contro l'effetto retroattivo che noi propugniamo, pretenderebbe di far nascere il diritto da una grave ed evidente immoralità; or bene, gli è appunto un principio già da noi esposto nella Parte Generale di quest'opera (v. Vol. I, pag. 330) che la legge può sempre attribuire nuove conseguenze a fatti anteriori alla sua attuazione, se trattasi di ragionevoli conseguenze che il legislatore anteriore potè interdire per ragioni di pubblica convenienza, ma che gli agenti non potrebbero rifiutare senza contraddire a se medesimi ed alla morale. La prima Ordinanza transitoria annoverese del 1815 (v. Vol I, pag. 74, in nota) ebbe pure a seguire la stessa dottrina.

La legge nuova intorno agli sponsali può anche differire dall'antica nel determinare le conseguenze patrimoniali della non adempiuta promessa di matrimonio. Per decidere quale influenza debba avere in tal caso la legge nuova rispetto a sponsali posti in essere sotto la legge anteriore, bisogna distinguere due differenti ipotesi, secondochè la legge nuova intorno a quelle conseguenze si accordi coll'antica nell'apprezzare l'obbligatorietà della promessa di matrimonio, oppure non vi s'accordi.

Se le due leggi si accordano nel dare o non dare azione giudiziale contro chi promise un matrimonio, e differiscono soltanto nell'assegnare l'indennità dovuta da chi non adempie una tale promessa, la legge nuova non si potrà applicare a

Digitized by Google

promesse di matrimonio date sotto l'impero della legge precedente; l'indennità occasionata dall'inadempimento delle medesime dovrà essere misurata secondo il disposto della seconda legge. Imperocchè in tale ipotesi nulla osta all'applicazione del generale principio che le conseguenze degli atti e dei contratti si giudicano secondo la legge sotto il cui impero gli atti e contratti vennero posti in essere; la legge nuova, se anche può essere stata immaginata allo scopo di tutelar meglio la libertà dei matrimoni, si presenta però coll'aspetto di una legge di ordine economico o patrimoniale. Viene in conferma del nostro avviso la citata L. 5, tit. 5, C. *De spons.*, nella quale gli imperatori Leone ed Antemio, dopo avere abolita la pena del quadruplo delle *arre*, imposta dalle leggi precedenti a chi arbitrariamente recedesse dagli sponsali, soggiungono: *nisi specialiter aliud ex communi consensu inter contrahentes de eadem quadrupli ratione placuerit;* imperocchè negli sponsali conchiusi sotto la legge anteriore alla predetta costituzione la pena del quadruplo delle arre era certamente pattuita per tacito riferimento ad essa legge (v. Vol. I, pag. 275). Dobbiamo quindi ritenere che la costituzione medesima, secondo la mente dei suddetti imperatori, non fosse applicabile agli sponsali posti in essere anteriormente.

Se invece le due leggi non si accordano nè sul punto della obbligatorietà della promessa di matrimonio, nè sul punto delle conseguenze economiche dell'arbitrario inadempimento della medesima, in tal caso anche rispetto a quelle conseguenze la legge nuova dovrà applicarsi agli sponsali anteriormente stipulati. Imperocchè, essendo evidentemente principale l'effetto diretto di una promessa, cioè l'adempimento di questa, e secondario l'effetto dell'inadempimento, anche la disposizione di legge concernente le conseguenze economiche del colpevole inadempimento della promessa di matrimonio viene ad essere secondaria ed accessoria rispetto ad un'altra disposizione della

Digitized by Google

stessa legge relativa all'obbligatorietà della promessa medesima, e poichè questa, come già dimostrammo, si applica retroattivamente, lo stesso effetto dovrà avere anche quella. Gli è infatti un principio generale anche della giurisprudenza transitoria (v. Vol. I, pag. 272) che il diritto accessorio segue la sorte del diritto principale.

§ 2.

Dei requisiti e degli atti precedenti il matrimonio.

La deliberazione di conchiudere il matrimonio, contenuta negli sponsali, non può produrre alcun effetto, se prima della conchiusione del contratto non siano stati adempiuti tutti i requisiti e non siano stati posti in essere certi atti preparatorii imposti dalla legge. Noi prendiamo ora appunto a considerare codesto stadio che precede il matrimonio, per determinare l'influenza retroattiva di una nuova legge che in esso venisse emanata intorno a quei requisiti ed a quegli atti.

Onde poter conchiudere un valido matrimonio è necessario che gli sposi abbiano una certa età, e trovinsi in condizioni normali d'intelligenza, di volontà, e di fisica costituzione, che non siano vincolati da un matrimonio precedente, che non si trovino l'uno rispetto all'altro in un certo grado di parentela, che ne abbiano avuto licenza o dai genitori o da altre persone a cui per legge siano sottoposti, che non nascondano il difetto di nessuna di quelle qualità che la legge, quantunque non esiga, permetta però a ciascheduno degli sposi di esigere dal canto dell'altro e in pari tempo riconosce come essenziali al matrimonio. Non tutte queste condizioni hanno la stessa importanza per l'ordine pubblico; talune sono piuttosto di privato che di pubblico interesse, come per esempio la fisica idoneità alla congiunzione dei sessi. Rispetto a quelle che presentano veramente un pubblico interesse, la legge ne ordina

Digitized by Google

eziandio la constatazione per opera di speciali autorità dello Stato, e a quest'uopo essa autorizza anche i cittadini, o tutti quanti indistintamente o alcuni soltanto, secondo la varia natura delle condizioni, e in taluni casi eziandio il Pubblico Ministero, a portare a notizia di quelle autorità il difetto di tali condizioni, e talvolta anche ad opporsi formalmente alla conchiusione del matrimonio. Affinchè poi le autorità che presiedono alla conchiusione dei matrimoni, e coloro cui la legge impone il dovere o dà la facoltà di denunziare alle prime l'esistenza di qualche impedimento, o di opporsi formalmente al matrimonio, possano più facilmente adempiere quel dovere o valersi di quella facoltà, la legge ordina che il proposito di conchiudere il matrimonio venga reso pubblico, e che trascorra un certo tempo dalla pubblicazione del matrimonio alla celebrazione. In tal maniera sorgono nuove e positive condizioni o formalità del matrimonio, oltre alle negative del non difetto delle qualità e relazioni personali suindicate, le condizioni cioè della pubblicazione del matrimonio e del legale andamento delle opposizioni che al matrimonio fossero state fatte. Egli è evidente che intorno a tutti i punti suenunciati le leggi possono variare, e precisamente nel mentre si sta preparando il matrimonio, e non è ancora avvenuta la celebrazione.

Durante questo stadio l'azione della legge nuova non può essere la stessa, qualunque sia l'argomento che essa concerne.

Se la legge introduce qualche nuovo requisito personale, bisogna por mente alla circostanza che il medesimo sia di quelli che le autorità sovrastanti al matrimonio possano constatare ed esigere, e che qualche terza persona possa far valere, per esempio il non essere i coniugi parenti fra di loro in un certo grado, oppure sia di quelli che i soli sposi abbiano il diritto di esigere o di condonare, come per es., il non essere lo sposo stato condannato ad una pena infamante. Nel primo caso la legge nuova avrà immediato effetto nel senso che, se

Digitized by Google

il matrimonio non è ancora stato celebrato, qualunque persona nuovamente autorizzata a farvi opposizione potrà presentare un atto di questo genere all'autorità competente, ed anche l'autorità competente dovrà investigare se un tale impedimento esista, e all'uopo far sospendere l'atto di celebrazione; tutto ciò quand'anche prima dell'attuazione della nuova legge gli sposi fossero già stati licenziati a conchiudere il matrimonio. La prima Ordinanza transitoria annoverese del 1814 (v. Vol. I, pag. 79, in nota) concorda pienamente colla precedente proposizione. Nel secondo caso l'effetto immediato della legge nuova sarà meramente facoltativo, e non potrà uscire dalla coscienza degli sposi, nel senso che quello sposo nel quale si avveri la circostanza preveduta dalla legge avrà un motivo di più, cioè un motivo d'interesse, oltre all'obbligo di lealtà, di non celare all'altro sposo tale circostanza, la quale, altrimenti, dopo la conchiusione del matrimonio potrebbe essere addotta dal secondo per domandare l'annullamento di questo contratto.

Se la nuova legge concerne le formalità preliminari del matrimonio, essa riceverà immediata applicazione, come tutte le leggi intorno ai rapporti fra i cittadini e le autorità dello Stato e intorno al contegno di queste autorità. Ciò deve dirsi però in virtù dei principii fondamentali del giure transitorio in materia di formalità (v. Vol. I, pag. 238), o del giure transitorio processuale, anzichè di quello delle persone. Se la legge nuova regola diversamente dall'antica la procedura di opposizione al matrimonio, le nuove regole si applicheranno immediatamente alle opposizioni pendenti e non ancora ultimate. Lo stesso dicasi rispetto al modo di fare le pubblicazioni o denunzie matrimoniali. Ma se la legge nuova aumentasse il numero delle pubblicazioni, quale sarebbe l'influenza di questa legge sulle formalità preliminari dei matrimoni non ancora celebrati? Coerentemente ai principii generali del gius transi-

Digitized by Google

torio processuale, che noi svolgeremo più tardi, vuolsi distinguere il caso che la procedura di pubblicazione del matrimonio non fosse ancora ultimata conformemente alla legge abolita, dal caso contrario. Nel primo caso si dovrà fare anche la pubblicazione imposta dalla legge nuova; nel secondo caso basteranno le pubblicazioni fatte in conformità della legge precedente, perchè ogni procedura ultimata rimane tale, come a suo luogo vedremo, finche lo scopo a cui essa serve è riconosciuto dalla legge. Il Kalindero (pag. 52) non fa la distinzione dianzi accennata, e perciò afferma in termini generali che la nuova pubblicazione imposta dalla nuova legge debbasi eseguire da chiunque non abbia ancor celebrato il matrimonio.

§ 3.

Della validità del matrimonio e delle domande di nullità.

Conchiuso il matrimonio, per giudicare se questo sia valido o no, la legge da applicarsi è esclusivamente quella vigente al momento della conchiusione; in altri termini, *la validità o nullità di un matrimonio giudicasi esclusivamente secondo la legge vigente al tempo in cui il matrimonio è stato conchiuso.* Questo canone non è speciale al gius transitorio personale, ma è una chiara e diretta applicazione del principio fondamentale di tutto il diritto transitorio: che onde porre in essere qualunque nuovo rapporto giuridico si devono osservare le leggi vigenti intorno al medesimo. Gli è appunto per questo motivo, come si vide nel paragrafo precedente, che fino alla conchiusione del matrimonio gli sposi debbono farsi carico di ogni nuova legge che venga emanata su tale argomento. Per lo stesso motivo la maggior parte degli scrittori del gius transitorio matrimoniale convengono in quel canone e ne fanno il loro punto di partenza. Si possono vedere fra gli altri Struve (pag. 231), Reinhardt (ap. Sav., l. c., nota *g*), Merlin (l. c.,

Digitized by Google

pag. 227), Savigny (pag. 494), v. Dalloz (*R.*, v° *Lois*, n. 217), Unger (pag. 139), e Kalindero (pag. 51). Anche le legislazioni positive hanno sempre rispettato quel principio (1). Se non che tanta ne è l'evidenza, che soltanto pochi legislatori hanno stimato opportuno di esprimerlo; fra i pochi vuolsi citare il legislatore amburghese del 1814 (v. Vol. I, p. 72-73, in nota) (2).

L'esposto principio non soffre eccezione nessuna, qualunque sia il lato da cui si consideri la validità del matrimonio. Trattisi di capacità personale, o di altri personali requisiti dei contraenti, o di forma di celebrazione, gli è soltanto colla legge vigente al momento della conchiusione del matrimonio che si deve decidere se il matrimonio sia o no stato conchiuso ad onta di qualche impedimento, e quale sia l'efficacia dell'impedimento che per avventura venga constatato. La giurisprudenza non ha in realtà mai fatto nessuna distinzione fra impedimento e impedimento nell'applicare il principio in discorso. Vedansi per es.: Corte d'appello di Torino, 14 luglio 1801 (3), Corte d'appello di Venezia, 14 novembre 1872 (4), Corte d'appello di Roma, 14 gennaio 1880 (5), Corte di cassazione di Torino, 13 ottobre 1873 (6).

Importa pure moltissimo alla retta intelligenza del principio in discorso il riflettere che esso non vuol già dire che si debba

(1) Appena si può dire che facciano eccezione al principio in discorso le costituzioni 8, 9, Cod. *De sec. nupt.;* l'ipotesi a cui si riferisce l'imperatore Zenone è affatto singolare.

(2) Soltanto le seconda Ordinanza annoverese §§ 46, 47 e del pari la terza (§§ 43, 44, vedi Vol. 1, pag. 78, nota) hanno applicato le leggi patrie ristabilite al giudizio della validità dei matrimoni conchiusi sotto l'impero della legislazione francese abolita. Noi abbiamo già fatto notare (ib.) il carattere eccezionale di molte disposizioni transitorie annoveresi di quel tempo.

(3) *R. G.* 2, 44; *C. N.* 2, 2, 277; D. *R.* 10, 83; *Pasicr.* 1ª serie, 2ª part. *Jurisp. d. C. d'app.*, p. 178.

(4) *Gazzetta dei Tribunali* di Genova, XXV, I, 489.

(5) *F. I.* 1880.

(6) *A. G.* VII, 1, 453.

Digitized by Google

soltanto giudicare secondo la legge vigente al momento della conchiusione del matrimonio, se questo fosse o non fosse valido *ab initio*, cosicchè ora rimanga a ricercare se per giudicare della validità del matrimonio posteriormente alla sua conchiusione si debba applicare quella legge, e non altra, oppure si possa, almeno in qualche caso, applicare la legge posteriore. Quel principio significa propriamente che *in qualunque tempo posteriore alla conchiusione di un dato matrimonio non può questo giudicarsi per valido o per invalido, se non risalendo al giorno della sua conchiusione, e applicando la legge vigente in quel giorno, qualunque mutazione sia accaduta dipoi nella legge matrimoniale, e in costanza di quel matrimonio.*

La pratica importanza del precedente schiarimento è facilmente intraveduta da chi ha presente il discorso da noi fatto nel primo volume di quest'opera intorno alla convalescenza materiale e formale dei rapporti giuridici. Gli è appunto al contratto di matrimonio che quella dottrina viene più frequentemente applicata. Mentre il solo Bergmann (pag. 30), che noi sappiamo, insegna potersi addurre una causa di nullità nuovamente introdotta per invalidare matrimoni anteriormente conchiusi, non pochi invece pensano che le variazioni della legge intorno ai requisiti materiali o formali del matrimonio, o in altri termini intorno agli impedimenti o alle forme del matrimonio, possano avere l'effetto di convalidare matrimoni già conchiusi, a cui ostasse qualche impedimento, o mancasse in tutto o in parte la forma prescritta dalle leggi anteriori. Di tale avviso sono, fra gli altri, il Mailher De Chassat (t. 1, p. 217), il Kalindero (p. 52), il Theodosiades (p. 66), lo Schaaf (pag. 428-433) e il Lassalle (pag. 315-335). I due ultimi poi adducono come valido argomento in pro della loro dottrina l'esempio della legge prussiana del 27 febbraio 1816, la quale convalidò i matrimoni conchiusi nella Vestfalia col solo rito religioso durante l'impero del Codice Napoleone.

Digitized by Google

Noi ricordiamo al nostro lettore le gravi ragioni che abbiamo già esposte nella Parte Generale di quest'opera (v. Vol. I, pag. 278 e seg.) contro la dottrina della convalescenza, e che sarebbe superfluo il ripetere in questa occasione.

Il principio che della validità od invalidità di un matrimonio si deve sempre ed esclusivamente giudicare secondo la legge vigente al momento in cui il matrimonio fu conchiuso, non soffre per noi nessuna eccezione. Neppure nel caso che l'inosservanza di un requisito legale del matrimonio fosse stata commessa quando stava per entrare in vigore una legge già promulgata e abolitiva del medesimo, potrebbe la legge nuova convalidare il matrimonio nullo per l'inosservanza della legge anteriore. La contraria opinione, sostenuta fra gli altri dal Delvincourt (t. 1, pag. 14), non è che un'applicazione speciale di una dottrina più generale intorno all'efficacia retroattiva delle leggi sui fatti o negozi giuridici posti in essere nell'intervallo fra la promulgazione di quelle e il principio del loro vigore. Anche questa dottrina è stata vittoriosamente combattuta dal Merlin (*Rép.*, v° *Lois*, n. IX). Soltanto una legge positiva può indurre il giudice a pronunziare la convalescenza in discorso, e noi non escludiamo che talvolta il legislatore possa avere sufficienti motivi di pubblicare una legge siffatta; l'esistenza di leggi di questo genere, e per es. della citata legge prussiana del 1816, è nuova conferma dell'insufficienza delle ragioni che si adducono in pro di un principio, il quale, se fosse vero, potrebbe essere applicato dal giudice senza aspettare il comando del legislatore.

Gli effetti delle nullità matrimoniali debbonsi pur sempre regolare secondo la legge vigente al momento della conchiusione del matrimonio. Noi abbiamo qui di mira propriamente quegli effetti che riguardano immediatamente i coniugi; altri effetti meno diretti, concernenti per esempio la legittimità o l'illegit-

Digitized by Google

timità della prole, considereremo in altra occasione. Quella proposizione ha ora bisogno di essere chiarita e determinata.

Effetto di una nullità matrimoniale è anzitutto il doversi per tal motivo considerare il matrimonio o come inesistente, o come nullo, o come solamente annullabile, e, in questi due ultimi casi, come tale che possa o non possa essere convalidato (1). Or bene il decidere intorno a questo punto deve essere un'applicazione della legge vigente quando il matrimonio venne conchiuso. Se il legislatore permettesse di togliere di mezzo una nullità matrimoniale, che, per la legge vigente quando il matrimonio venne conchiuso, non avrebbe potuto più essere cancellata, offenderebbe con ciò il diritto acquisito contrattuale di quello fra i coniugi, il quale in virtù della legge precedente avrebbe potuto prevalersi di quella nullità per far dichiarare non esistente il matrimonio.

È pure un effetto di certe cause di nullità del matrimonio, il poter essere tolte posteriormente in uno dei modi indicati dalla legge, sia mediante dispensa, sia mediante ratifica, sia mediante l'inutile decorso del termine dentro il quale sarebbesi dovuta chiedere la dichiarazione d'invalidità, o in altri modi ancora. In questa materia però non si può dire in modo assoluto che si debba applicare la legge, sotto il cui impero il matrimonio venne conchiuso. Invero, se la legge nuova non fa che mutare la forma di taluno di quei modi di convalidazione, per es. dà nuove norme intorno alla maniera di domandare la dispensa posteriore, oppure prescrive che la convalidazione del matrimonio debba essere seguita da una nuova dichiarazione

(1) Il diritto territoriale prussiano distingue soltanto i matrimoni *nulli* dagli *invalidi;* chiama nulli quei matrimoni « i quali a motivo di qualche impedimento non possono sussistere in nessun tempo (§ 933); invalidi quei matrimoni « ai quali dall'origine si oppongono impedimenti legali, ma che possono diventar validi in seguito per la rimozione di tali impedimenti » (§ 934). Secondo questo Codice il difetto del consenso paterno rende il matrimonio soltanto invalido (§ 972).

Digitized by Google

del consenso, oppure abolisce questo principio, in tutti questi casi, e negli altri analoghi, la legge nuova dovrà essere applicata di preferenza all'antica, appunto perchè la differenza fra l'una e l'altra non è che di forma. Se la legge nuova introduce qualche nuovo modo di convalidazione, sia conservando, sia abolendo gli antichi, si applicherà del pari la legge nuova, se i nuovi modi di convalidazione, sostituiti agli antichi, non differiscono da questi non essere sottoposti alla volontà di ambedue i coniugi o di uno solo di essi, in quei casi nei quali la legge anteriore attribuiva ad ambedue i coniugi, oppure ad uno solo di questi, il diritto di impugnare il matrimonio, cosicchè si possa dire non essere opera della legge, ma degli stessi coniugi, la cessazione della nullità di cui si tratta. Se quindi, per es., la legge nuova permette a quello fra i coniugi, che ingannò l'altro intorno a qualche essenziale circostanza, di opporre alla domanda di nullità un'eccezione sconosciuta alla legge anteriore, e nascente da fatti posteriori al matrimonio, non dipendenti dalla volontà dell'altro coniuge, la legge nuova non potrà essere su quel punto applicata retroattivamente, perchè ciò lederebbe il diritto acquisito e contrattuale del coniuge ingannato.

La nullità od invalidità del matrimonio dà luogo a corrispondenti azioni o domande, affinchè il matrimonio venga dichiarato nullo. Queste azioni competono, secondo la varia natura della causa di nullità, o soltanto ai coniugi, o ad uno solo di questi, oppure a terze persone indicate dalla legge, sia unitamente ai coniugi, sia separatamente da essi. Si domanda quale sia l'influenza retroattiva di una legge nuova circa l'ammissibilità delle azioni di nullità del matrimonio.

Che la legge nuova non possa togliere nè ad ambedue i coniugi, nè ad uno qualunque di essi l'azione di nullità basata sulla legge vigente quando il matrimonio venne conchiuso, è principio che non richiede dimostrazione, siccome inseparabile

Digitized by Google

da quello esposto e dimostrato sopra, che cioè l'originaria nullità del matrimonio non può essere cancellata da una legge posteriore. Imperocchè la ragione di questo canone, siccome abbiamo veduto sopra, è tutta riposta nella natura contrattuale del matrimonio, o in altri termini, le nullità in discorso vengono mantenute tal quali, in vista appunto delle azioni che all'uno o all'altro dei coniugi ne provengono.

Ma se la legge nuova togliesse per avventura ad una terza persona il diritto di far valere una nullità matrimoniale, accordatole dalla legge anteriore, non avrebbe essa effetto alcuno sui matrimoni già conchiusi?

Noi non lo crediamo, appunto perchè il rispetto della legge sotto cui il matrimonio venne conchiuso, è in sostanza un omaggio al contratto, un principio di diritto contrattuale. Se ciò è, non vi ha ragione alcuna di non applicare la nuova legge sul matrimonio là dove essa non concerne i coniugi, come appunto non concerne i coniugi la facoltà di domandare la nullità del matrimonio, spettante ad una terza persona estranea al contratto. Rispetto ad argomenti di questo genere riprendono vigore nel diritto matrimoniale i generali principii del gius transitorio personale, e, primo fra tutti, quello dell'applicazione retroattiva o immediata di ogni nuova legge sullo stato delle persone, che non offende nessun diritto acquisito. Supponiamo che la legge vigente conceda soltanto al padre, e non conceda a nessuno dei coniugi il diritto di domandare la dichiarazione di nullità del matrimonio per difetto di consenso paterno; se un matrimonio venne conchiuso ad onta di questo impedimento, e prima che il padre del coniuge minorenne ne domandasse l'annullamento, uscì una legge che più non ammette la nullità del matrimonio per tale causa, chi avrà giusta ragione di dolersi, se in virtù di questa legge s'impedirà a quel padre di più presentare la sua domanda? Nessuno dei coniugi al certo, perchè la legge, sotto cui il loro matri-

Digitized by Google

monio fu conchiuso, non attribuiva loro il diritto di domandare l'annullamento; forse il padre medesimo? Neppure, perchè anche nel campo del diritto personale non si può ragionare di gius quesito (v. sopra p. 34 e Vol. I, p. 210), se il diritto di cui si tratta non ridonda ad utilità di chi lo possiede, ma tale non è certamente il carattere di quel diritto del padre; esso è piuttosto un attributo conferitogli dalla legge per il buon ordine della famiglia, e che la legge può togliere per lo stesso o per altri motivi. — Che se il diritto accordato dalla legge anteriore al padre, lo fosse stato anche ad uno dei coniugi, abolita da una nuova legge la causa di nullità del mancato consenso paterno, e quindi, come poc'anzi dimostrammo, cessata in qualunque padre dissenziente dal matrimonio del figlio la facoltà di proporre quella causa di nullità dopo entrata in vigore quella legge, sussisterebbe invece la facoltà medesima in quel coniuge cui la legge precedente l'avesse attribuita, fintantochè egli non l'avesse perduta in uno dei modi legali di convalidazione del matrimonio, secondo le cose esposte sopra. — Tanto nell'uno poi, quanto nell'altro dei casi supposti dianzi, non varrebbe per conservare al padre il diritto di domandare la nullità del matrimonio, la circostanza ch'egli avesse già presentato la domanda nel giorno in cui la legge nuova entrò in vigore. Imperocchè noi abbiamo già avvertito nella Parte Generale (v. Vol. I, pag. 265) che la pendenza dell'azione non basta per sè sola, e senza nessun altro riguardo, a far considerare come veramente acquisito un diritto o una pretesa qualunque di stato personale.

La legge nuova però, mentre può togliere a terze persone la facoltà loro accordata dalla legge precedente di domandare la nullità di un matrimonio conchiuso sotto l'impero di questa legge, non può inversamente attribuire tale facoltà a terze persone cui la legge anteriore non l'avesse attribuita. Imperocchè altrimenti si verrebbe a togliere ai coniugi quel prezioso

Digitized by Google

diritto, e veramente diritto acquisito contrattuale, di decidere essi soli se il conchiuso matrimonio debba o non debba sussistere. Di fronte a codesta ragione non avrebbe alcuna importanza neppure l'indole della terza persona contemplata dalla nuova legge; fosse anche il Pubblico Ministero, le ragioni, per quanto gravi, di pubblico ordine, da cui la nuova legge fosse stata suggerita, non potrebbero prevalere al rispetto del diritto acquisito dei coniugi.

Si è fatta quistione intorno alla legge da applicarsi circa il diritto spettante in alcuni casi agli eredi di un coniuge di chiedere l'annullamento del matrimonio del defunto, il quale non abbia promosso tale azione, o non l'abbia condotta a termine. Si è domandato se a tale argomento applicar si debba la legge vigente al tempo della conchiusione del matrimonio, oppure quella vigente quando morì il coniuge di cui si tratta, o finalmente la legge vigente al momento in cui l'erede vorrebbe sporgere l'azione. Noi riteniamo che la legge da applicarsi sia la seconda fra le enumerate dianzi, cioè quella vigente nel giorno dell'apertura dell'eredità del coniuge defunto. Per verità la ragione di questo modo di pensare è al di fuori delle dottrine fin qui esposte, poichè il caso in quistione attiene bensì al gius transitorio matrimoniale, ma sostanzialmente non vi appartiene. Il diritto accordato dalla legge agli eredi di un coniuge di promuovere dentro un certo tempo o condurre a termine l'azione per la dichiarazione di nullità del matrimonio del defunto, ha bensì per oggetto un rapporto giuridico personale, ma in sostanza non è che un mezzo per far valere le ragioni patrimoniali componenti l'eredità, ha quindi carattere piuttosto patrimoniale che personale. Tanto ciò è vero, che gli stessi discendenti del coniuge defunto non possono promuovere o proseguire l'azione in discorso, se non sono anche eredi del loro ascendente (1). Il coniuge vivente invece non si vale

(1) V. C. N., art. 184, e C. C., art. 104.

Digitized by Google

dell'azione di nullità del matrimonio, ove questa gli spetti, se non perchè il ben essere suo morale, ed anzitutto la sua morale dignità non solo non ne lo distolgono, ma anzi glie lo consigliano. Or bene tutti i diritti dell'erede sono regolati, come vedremo a suo luogo, dalla legge vigente nel giorno della morte del *de cujus;* per conseguenza il diritto d'impugnare il matrimonio di costui non può appartenere all'erede se non a termini della legge da cui è regolato anche il rimanente acquisto dell'eredità. Questa opinione è stata pure adottata, e per lo stesso motivo, dalla Corte di cassazione di Parigi in una sentenza del 28 dicembre 1831 (1). Disse la Corte circa il punto attuale di quistione: « attesochè si tratta di statuire intorno alle reciproche pretensioni delle parti alla successione del signor F.; che il diritto ad una successione non può essere subordinato all'epoca in cui convenne all'una delle parti d'intentare l'azione; che per conseguenza gli è la legge del tempo della morte che deve servire di regola; che la morte del signor F. è anteriore al Cod. civ., e quindi l'art. 184 di questo Codice non può applicarsi al caso, ecc. ».

Riassumendo le precedenti osservazioni, possiamo dire che l'azione di nullità del matrimonio non può essere promossa da persone alle quali già non spettava a termini della legge sotto cui il matrimonio venne conchiuso, ma che a tali persone può venir tolta dalla legge nuova, purchè non si tratti di uno qualunque dei coniugi.

Che se la legge nuova non può impedire, nè sostanzialmente modificare le dirette conseguenze delle nullità matrimoniali, nè può, in particolare, togliere ai coniugi l'azione di nullità basata sulla legge precedente, può tuttavia prescrivere nuove formalità o nuovi termini per far valere quelle conseguenze ed

(1) *R. G.* 32, 1, 358; D. *R.* 32, 1, 28; *Pasicr.*, 2ª serie, Vol. 5, pag. 474.

Digitized by Google

azioni. Ciò avvertono il Merlin (l. c., p. 227), e il Dalloz (*R.*, v° *Lois*, n. 217), e discende da principii da noi esposti nella Parte Generale di quest'opera (v. Vol. I, p. 312 e segg.).

§ 4.

Dello stato di coniuge e dei rapporti personali dei coniugi.

Il canone dimostrato nel paragrafo precedente, che la validità di un matrimonio non può essere giudicata in nessun tempo se non colla legge vigente nel giorno della conchiusione, equivale a quest'altro: *che lo stato di coniuge, acquistato conformemente alla legge, non può più essere perduto in virtù di una legge posteriore, che abolisca la prima.* Noi abbiamo già esposto in altre occasioni questo principio (v. sopra p. 31), e parecchi autorevoli scrittori, fra i quali il Blondeau (l. c., n. 5), il Merlin (l. c., pag. 227), il Duvergier (v. Vol. I, *ib.*), e il Pinto (pag. 141), ne hanno pure avvertito l'importanza.

Lo stato di coniuge è l'effetto fondamentale e più immediato del matrimonio rispetto alla persona di coloro che lo hanno conchiuso; esso è il diritto personale dei contraenti, che tutti gli altri in sè comprende. Noi dobbiamo dunque dipartirci dal principio dianzi esposto per investigare e determinare i limiti dell'applicazione della legge nuova agli effetti del matrimonio che concernono direttamente la persona dei coniugi.

Codesta determinazione deve farsi colla scorta dei criteri precedentemente stabiliti (v. p. 31-32) intorno alla vera natura dei diritti acquisiti di stato personale. Per conseguenza, prima di ogni altra cosa, noi dobbiamo ricercare quali si intendano diritti veramente sostanziali contenuti nello stato di coniuge, che non si possano togliere senza ledere il più fondamentale diritto acquistato mediante il contratto di matrimonio.

Non ci sembra difficile rispondere a questa domanda, ricordando la nota definizione del matrimonio data da Giustiniano

Digitized by Google

(§ 1, I. *De pat. potest.*): *viri et mulieris conjunctio, individuam vitae consuetudinem continens.* La sostanza del matrimonio, ciò che distingue questo stato dal concubinato, è dunque il diritto reciproco dei coniugi di congiungere ogni loro potere e facoltà pel bene di ciascheduno, e il diritto di ciaschedun coniuge di non essere arbitrariamente abbandonato dall'altro. Tutte le altre disposizioni della legge, sia per determinare più concretamente quei diritti, sia per additare i mezzi onde effettuarli, benchè abbiano alla loro volta per effetto di attribuire qualche facoltà giuridica sia ad ambedue i coniugi, sia all'uno o all'altro di essi, non hanno, rispetto al matrimonio, sostanziale importanza, e per conseguenza le facoltà giuridiche provenienti da esse leggi non si possono dire veri e propri diritti acquisiti personali, come quelli contenuti nella succitata definizione. *La reciproca assistenza, e l'esclusione dell'arbitrario scioglimento del matrimonio, questi, e non altri, sono i diritti acquisiti essenziali, componenti lo stato personale di coniuge.*

Di ciò convengono pure generalmente gli scrittori di gius transitorio e le leggi intorno a questa materia. È generale insegnamento che i *rapporti personali dei coniugi sono regolati dalla legge vigente al momento in cui sorgono, e non da quella sotto cui il matrimonio venne conchiuso* (1); ma per siffatti rapporti i giureconsulti sogliono appunto intendere quelli che fra i coniugi intercedono dentro la cerchia tracciata dal concetto più generale del matrimonio, cioè dai diritti veramente essenziali allo stato di coniuge. Noi non possiamo che sottoscrivere a siffatta proporzione.

Per conseguenza, se, per un supposto poco probabile, ve-

(1) V. Bauer, p. 38. — Una legge transitoria prussiana del 1814 (v. Volume I, pag. 89, in nota) dispone che: « i diritti e i doveri fra i coniugi, ed anche il regolamento dei loro rapporti in caso di separazione matrimoniale, vengono regolati dalle leggi vigenti al tempo della conchiusione del matrimonio »; ma in questo passo hannosi certamente di mira i rapporti *patrimoniali*, attesochè fra coniugi separati non rimangono più che questi.

Digitized by Google

nisse permessa la poligamia in uno Stato in cui vigeva la monogamia, della nuova legge non potrebbero certamente profittare i mariti diventati tali anteriormente, e le cui mogli ancora esistessero e non vi acconsentissero; imperocchè altrimenti toglierebbesi a queste mogli il diritto acquisito della totale ed esclusiva *conjunctio* coi mariti loro, e le si spoglierebbero del più essenziale elemento dello stato personale acquistato col matrimonio. Così pure, se, per un supposto non meno improbabile, venisse introdotta l'istituzione del libello di repudio dato dal marito alla moglie, non potrebbe di certo essere ripudiata nessuna moglie che fosse diventata tale vigendo il principio della indissolubilità del matrimonio. — Che se si tratti di diritti o rapporti personali dei coniugi, di loro natura non essenziali al matrimonio, giusta il significato attribuito dianzi a questa espressione, più frequenti sono le differenze fra le leggi, e meno ipotetiche le applicazioni degli esposti principii.

Anzitutto i veri rapporti personali dei coniugi debbono essere attentamente distinti dai patrimoniali contrattuali. Ciò che il marito o la moglie possono o non possono fare, sia separatamente, sia congiuntamente, rispetto ai beni conferiti nella società coniugale all'atto della conchiusione del matrimonio, o acquistati dall'uno o dall'altra successivamente, è argomento del gius matrimoniale bensì, ma nella parte sua patrimoniale, anzichè personale. Imperocchè il regime patrimoniale dei coniugi, dotale o di comunione, non è così necessariamente congiunto col concetto del matrimonio, che questo sia impossibile se non vi sia dote, o se durante il matrimonio non si facciano da nessuno dei coniugi acquisti da mettere in comune. Affatto diverso è il carattere dei rapporti che fra i coniugi intercedono in ragione soltanto di questa loro qualità, e prescindendo dall'avere i medesimi conferito nella società coniugale beni dotali o beni comuni. Quelli sono veramente

Digitized by Google

rapporti personali, quand'anche abbiano eziandio importanza economica, come, per es., l'obbligo del marito di alimentare la moglie, l'obbligo della moglie di non obbligarsi civilmente senza il consenso del marito. Non vi ha quindi maraviglia che, mentre i rapporti personali dei coniugi sono generalmente regolati, come dicemmo, dalla legge vigente al momento in cui sorgono, quelli patrimoniali invece sono di regola governati dalla legge sotto cui il matrimonio venne conchiuso. La precedente considerazione è già stata fatta da più di un giureconsulto, come, per es., dal Dalloz (v. *Lois*, n. 220), dal Mailher de Chassat (1, p. 219, 223), e dal Demolombe (n. 44 in fine), a proposito della quistione transitoria circa l'alienazione dell'immobile dotale, del qual tema noi ci riserviamo di parlare quando tratteremo del matrimonio come contratto patrimoniale, quantunque i nominati giureconsulti non lo separino dal trattato del gius transitorio matrimoniale personale.

Vuolsi inoltre avvertire che i rapporti personali dei coniugi, che la legge civile determina, sono essenzialmente accessorii a quelli determinati dalla legge di natura e dalla legge morale. Gli essenziali rapporti matrimoniali sfuggono alle norme positive, non che alla coazione della legge; questa non fa che assicurarli, attribuendo opportunatamente al marito e alla moglie certi diritti che si possono, occorrendo, far valere coattivamente in confronto dell'altro coniuge. I principali però fra questi diritti sono attribuiti al marito verso la moglie, come per es. il diritto di aver seco la moglie nel proprio domicilio, il diritto di dare o negare il suo consenso a certi atti giuridici della moglie concernenti il di lei patrimonio.

Facciamo ora alcune applicazioni delle suesposte dottrine.

Se viene mutata la legge intorno ai mezzi coattivi accordati al marito per costringere la moglie a rimanere nel domicilio coniugale, e per es. al diritto della coazione diretta viene sostituito quello della coazione indiretta mediante pena pecuniaria,

Digitized by Google

o sequestro di una parte delle rendite, come è prescritto dal nuovo Codice civile italiano (art. 133), non v'ha dubbio che il nuovo principio si applicherà non solo ai matrimoni da conchiudersi, ma anche ai già conchiusi. Imperocchè, mentre è essenziale al matrimonio e allo stato di marito, che la moglie non possa arbitrariamente abbandonare il domicilio coniugale, altrettanto non si può dire rispetto ad un mezzo piuttosto che ad un altro di ottenere questo scopo, attesochè, qualunque sia il mezzo adottato dalla legge vigente, bisogna crederlo più idoneo di ogni altro.

Più frequentemente discussa è l'influenza retroattiva di una legge nuova intorno all'autorizzazione maritale. Venendo introdotta l'autorizzazione maritale in un paese dove prima le mogli godevano piena libertà di disporre dei loro beni parafernali e di obbligarsi, oppure accadendo l'opposto, o venendo mutati i limiti dell'autorizzazione maritale, sia per allargarli, sia per restringerli, in tutti questi casi le donne maritate prima dell'attuazione della legge nuova, continueranno o non continueranno nello stato personale attribuito loro dalla legge antica, oppure si dovranno fare distinzioni, per dar preferenza, secondo i casi, all'una o all'altra legge?

Noi abbiamo già avuto un'altra occasione di toccare di questo argomento nella Parte Generale della presente opera (v. Vol. I, pag. 296-297), ed ivi abbiamo affermato che, a nostro avviso, la legge nuova intorno all'autorizzazione maritale deve sempre essere applicata senza distinzione di casi; abbiamo anche accennato scrittori e sentenze di tribunali che tennero il medesimo avviso. Ora, riprendendo a considerare questa nostra proposizione, poche parole ci basteranno per dimostrarla. Invero, se la legge nuova abolisce l'autorizzazione maritale, oppure la ristringe a minor numero di casi, non si offende certamente nessun diritto di stato personale, ma soltanto si migliora lo stato personale delle donne già maritate

Digitized by Google

(v. sopra pag. 32) coll'applicarla anche ad esse; nè il marito potrà reputare offeso un diritto da lui acquistato mediante il contratto di matrimonio, perchè, come abbiamo appunto dimostrato nella mentovata occasione, coi contratti non si possono acquistare diritti di stato personale da far valere ad onta di una legge posteriore che li abbia aboliti. Se invece la legge nuova introduce per la prima volta l'autorizzazione maritale, oppure ne allarga i confini stabiliti dalla legge precedente, anche in questi casi nessun diritto acquisito, nè personale, nè contrattuale, osta all'immediata applicazione di essa legge alle donne già maritate. Imperocchè, nella prima ipotesi, la legge nuova non fa che diminuire la naturale libertà delle donne maritate, e quindi non toglie ad esse nè uno stato, nè un diritto acquisito (v. Vol. I, pag. 208); nella seconda ipotesi, nè la moglie può addurre contro l'applicazione della legge nuova un diritto contrattuale, nascente dal matrimonio, a non essere maggiormente limitata nella sua libertà, nè può la medesima allegare un diritto acquisito personale dello stesso contenuto, poichè la sottoposizione della moglie alla maritale autorizzazione non è uno stato per lei vantaggioso, nè quindi può essere da lei considerato come un diritto quesito di stato personale (v. sopra pag. 31).

Oltre agli scrittori già mentovati in una precedente occasione dianzi ricordata, convengono pure nell'opinione suesposta lo Struve (pag. 245), il Meyer (p. 54), il Merlin (l. c., p. 228), il Bauer (pag. 33-39), il Wächter (pag. 188), il Kalindero (pag. 55), il Mailher de Chassat (1, pag. 220), il Demolombe (n. 44), il Duranton (n. 52), il Theodosiades (p. 85), il Marcadé e il Mazzoni (*Istit. di dir. civ. ital.*, Vol. I, pag. 40). Il solo Herrestorf (pag. 219) vuole in ogni caso che la condizione personale della moglie di fronte al marito sia quella statuita dalla legge sotto il cui impero il matrimonio fu contratto, ma non pare, a dir vero, che egli abbia ben compreso la vera na-

Digitized by Google

tura della quistione, poichè adduce a sostegno della sua opinione la Nov. 22, cap. 47, la Nov. 68, cap. 1, e la Nov. 76, cap. 1, in tutti i quali luoghi non si tratta di capacità della moglie, nè di altri diritti personali, ma bensì di diritti patrimoniali bensì nascenti dal matrimonio (1). Non tutti però quegli scrittori deducono la retroattività della nuova legge intorno alla capacità della moglie dal principio generale che i rapporti personali dei coniugi sono sempre regolati dalla legge attuale. Il Grandmanche de Beaulieu e il Merlin (l. c., p. 229) adducono la ragione molto generica dell'ordine pubblico e morale (2); il Kalindero dà per ragione il riflesso che già per sè medesimo il matrimonio è uno stato di assoggettamento della moglie al marito, quasichè la quistione del più e del meno non dovesse essere gravissima in questo come in molti altri casi.

Alle sentenze citate in quella medesima occasione testè mentovata dobbiamo ora aggiungere una sentenza della Corte d'appello di Torino del 20 messidoro, anno 13 (3), che dichiarò doversi applicare anche alle donne già maritate la legge

(1) Nella relazione che venne fatta al Tribunato, a nome della sezione di legislazione, sul titolo *Del matrimonio*, il giorno 23 ventoso anno II, le disposizioni degli articoli 215-218 del *Code civil*, vennero presentate come tali che si dovessero applicare soltanto in avvenire. Ma questo pensiero è espresso in modo affatto incidentale, cosicchè non si può dire che sia stata mente dell'oratore di risolvere una quistione, e di scegliere una fra due opposte opinioni (veggasi il relativo brano presso MERLIN, l. c.). Che anzi, osserva benissimo il Merlin, le ragioni addotte dall'oratore per giustificare quegli articoli si conciliano coll'opinione contraria.

(2) Il vago concetto dell'ordine pubblico diede origine a qualche obbiezione per parte di chi non lo riscontrava nelle leggi in discorso. Obbiettavano che se il difetto di autorizzazione fosse una nullità di ordine pubblico, non sarebbero soli il marito, la moglie e i loro eredi a poterla opporre (C. N., art. 225). Il MERLIN risponde (ib., p. 230) che, se l'obbiezione stesse, non sarebbe d'ordine pubblico neppure qualche altra nullità, che tuttavia tutti considerano come tale, e per es. quella proveniente dal difetto di consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia al matrimonio del minorenne, che il Codice permette pure soltanto a certe persone di far valere.

(3) *Pasicr.*, 1ª ser., 2ª part. *Jur. d. Trib. ou C. d'app.*, p. 488.

Digitized by Google

che esige il consenso del marito per stare in giudizio, ed anzi l'applicò all'azione della moglie contro il marito medesimo per ottenere gli alimenti fuori del domicilio coniugale (1), una sentenza della Corte d'appello di Limoges del 22 giugno 1828 (2), la quale applicò pure a tutte le donne maritate anche prima dell'attuazione del C. N. la legge che richiede il consenso del marito per alienare i beni parafernali, due sentenze della Corte di cassazione di Parigi, l'una del 2 gennaio 1832 (3), l'altra del 7 dicembre 1836 (4), le quali diedero la stessa applicazione alla legge che interdice alla moglie di assumere obbligazioni sui propri beni parafernali, due sentenze della Corte di cassazione di Torino, l'una del 6 settembre 1867 (5), l'altra del 13 marzo 1869 (6), una sentenza della Corte d'appello di Milano del 15 dicembre 1868 (7), ed un'altra della Corte d'appello di Brescia del 1° giugno 1871 (8), le quali tutte dichiararono applicarsi anche alle cause pendenti, quando venne attuato il nuovo Codice civile italiano, l'art. 134 di questo Codice, il quale dispone che la donna maritata non possa stare in giudizio senza l'autorizzazione del marito. Fra tutte le succitate sentenze, quella della Cassazione di Parigi del 1836 espone chiaramente nei suoi

(1) Secondo il Codice civile italiano (art. 136, 2°) la moglie separata dal marito per colpa di questo, non ha bisogno della maritale autorizzazione.

(2) *Pasicr.*, 2ª ser., 2ª part. *Jur d. C. roy. et d. C. d'Et.*, p. 166.

(3) *Pasicr.*, 2ª ser., *C. de Cass.*, Vol. 6, p. 108.

(4) *R. G.* 37, 1, 416; *Pasicr.*, ib., Vol. 7, p. 20.

(5) *Ann. di Giurispr. ital.*, Vol. I, pag. 413. La motivazione però di questa sentenza è veramente singolare. Vi è detto che il principio dell'autorizzazione maritale per istare in giudizio attiene all'*ordine giudiziario*, e per questa ragione appunto se ne ordina l'applicazione immediata anche alle donne già maritate. Le leggi giudiziarie non sono nel Codice civile; non si poteva cercare un argomento peggiore per sostenere un principio universalmente ricevuto per tutt'altra ragione.

(6) *M. T.* 1869, 342.

(7) *Ib.* 1868, 983.

(8) *Ib.* 1871, 509.

Digitized by Google

motivi le stesse ragioni da noi addotte. « Visti gli articoli 217 e 1576 del Codice civile; attesochè queste due disposizioni, regolando lo stato e la capacità delle donne maritate, sono statuti personali; che gli statuti di questo genere ricevono esecuzione allo stesso momento in cui vengono emanati; che per conseguenza dal giorno della promulgazione dei due titoli del C. C., ai quali appartengono le succitate disposizioni, lo stato e la capacità della signora L. furono regolati da questo Codice, qualunque siano del resto la data e le condizioni del contratto di matrimonio, ecc. ».

Vi hanno però scrittori, e fra questi ricordiamo lo Struve (l. c.), i quali opinano che, se nel contratto di matrimonio venne espressamente pattuito per l'uno o per l'altro dei coniugi un dato grado di capacità, nessuna legge nuova su questo argomento possa avere per effetto di togliere vigore a quel patto; che si deve pensare di questa opinione?

Noi crediamo necessaria una distinzione. O la legge nuova permette, come permetteva la precedente, di regolare nel contratto di matrimonio la capacità personale dei coniugi o di uno qualunque di essi, e in tal caso ogni patto di tal natura, stipulato sotto l'impero della legge precedente, dovrà conservare il suo pieno vigore anche sotto l'impero della legge nuova. Oppure la legge nuova divieta simili patti, e stabilisce norme invariabili intorno ai rapporti personali dei coniugi, e in questo caso qualunque patto anteriore che dalla legge nuova differisca, perderà ogni effetto dal giorno dell'attuazione di questa. Invero, soltanto in questo secondo caso, la legge nuova avrebbe natura di vera legge sullo stato personale, mentre nel primo essa farebbe piuttosto parte della legislazione intorno al contratto di matrimonio; ora in materia di stato personale noi abbiamo già avvertito nella Parte Generale (v. Vol. I, p. 296) che il contratto non può resistere alla legge.

Come rispetto all'autorizzazione, così pure rispetto alla limi-

Digitized by Google

tazione contenuta nel Senatoconsulto Velleiano, si dovrà sempre, come osservano il Mailher de Chassat (1, p. 220), e il Grandmanche de Beaulieu (p. 55), applicare la legge vigente quando ebbe luogo ogni singola intercessione della moglie pel marito. La Corte di cassazione di Parigi in due sentenze, l'una del 27 agosto 1810 (1), l'altra del 5 marzo 1811 (2), decise che l'abolizione di quel Senatoconsulto si applica anche alle donne maritate sotto l'impero del medesimo, senza ledere con ciò le convenzioni matrimoniali, estranee affatto a questo argomento. « Considerando, dice la Corte nella prima delle citate sentenze, che il S. C. Velleiano era uno statuto puramente personale, e indipendente dalle convenzioni matrimoniali; che l'incapacità nascente dal medesimo è stata tolta dal C. C.; che infatti il cap. 1, tit. 14, che definisce la fideiussione, non adottò in nessuna delle sue disposizioni la proibizione fatta alle donne dal S. C. Velleiano; che l'art. 1125 conferisce a chiunque, senza nessuna eccezione, il diritto di obbligarsi e di contrattare; che l'art. 1125 non permette alla moglie di impugnare i propri obblighi per titolo d'incapacità, fuorchè nei casi previsti; che le leggi romane, ordinanze, statuti e consuetudini che si oppongono al Codice, furono espressamente abrogate dall'art. 73; finalmente che la fideiussione di cui si tratta fu stipulata dopo la promulgazione del Codice civile, ecc. ».

Anche la facoltà di donare o di fare altre liberalità spetta o non spetta ai coniugi, e in una misura maggiore o minore, secondo la legge vigente quando si compieva ciascuno di tali atti, e non già secondo la legge vigente quando il matrimonio venne conchiuso. Imperocchè, come bene osserva il Savigny (pag. 527), lo scopo di una legge, la quale, per avventura, tolga o limiti quella facoltà, non è altro che quello di conservare il matrimonio in tutta la sua purezza.

(1) *Pasicr.*, 1ª ser., *C. d. Cass.*, Vol. 5, p. 614.
(2) *Ib.*, Vol. 6, pag. 76.

Digitized by Google

Molti scrittori aggiungono alle discussioni transitorie intorno agli effetti del matrimonio rispetto ai coniugi, quella intorno al modo di provare il matrimonio e lo stato di coniuge; ma noi ci riserviamo di trattare questo argomento in più lontana occasione, quando esporremo i principii del gius transitorio intorno alle prove.

§ 5.

Della separazione dei coniugi.

Fra gli effetti del matrimonio, e propriamente fra gli effetti eventuali, vi ha la separazione dei coniugi. Non vi può essere dubbio che le cagioni della separazione devono essere giudicate secondo la legge vigente al tempo del giudizio, e non secondo la legge sotto il cui impero venne conchiuso il matrimonio, e neppure secondo la legge vigente al tempo in cui l'azione venne presentata. *Conseguentemente non può accordarsi separazione dei coniugi per cause non più ammesse dalla legge attuale, e verificatesi vigendo la legge precedente, e per converso nessuna causa di separazione, introdotta dalla legge nuova, potrà essere applicata ad un matrimonio anteriore, ove ella siasi verificata totalmente vigendo la legge anteriore, e non, in parte almeno, dopo l'attuazione della legge nuova.* E con quest'ultima proposizione intendiamo potersi benissimo la separazione dei coniugi domandare e accordare in vista di un fatto, cioè di una *condizione personale* di fatto, cominciata sotto l'impero della legge precedente, continuata sotto l'impero della legge nuova, e da questa per la prima volta contemplata come causa di separazione (v. Vol. I, p. 234). *Che se per avventura venisse pubblicata una legge, la quale introducesse una causa di separazione, totalmente riposta nell'arbitrio di qualcuno dei coniugi, legge siffatta non potrebbe applicarsi ai matrimoni anteriori,* siccome lesiva dell'essenziale diritto di ognuno dei coniugi di

Digitized by Google

non essere abbandonato arbitrariamente dall'altro (v. sopra pag. 150).

Identica alla suesposta è in sostanza la dottrina del Merlin (l. c., pag. 223) intorno all'effetto retroattivo di una nuova legge sulla separazione; e tale dottrina s'accorda pure colla legge francese del 20 settembre 1782, la quale, mentre aboliva (§ 1, art. 7) la separazione di letto e di mensa, dichiarò annullate ed estinte tutte le domande di separazione non ancora giudicate. Collimano pure con tale dottrina due sentenze della Corte di cassazione di Torino, 2 ottobre 1866 (1), 7 gennaio 1869 (2).

Non tutti gli scrittori però, nè i legislatori adottarono pienamente quel modo di pensare. Per esempio il Mailher de Chassat (1, pag. 230-231) e il Kalindero (pag. 64) opinano che le cause pendenti di separazione devonsi poter continuare, qualunque sia la differenza fra la legge nuova e l'antica. Il legislatore olandese del 1833 (art. 39, v. Pinto, pag. 143) rispettò pure le azioni pendenti di separazione per una causa non più riconosciuta. Ma questi fatti non ci smuovono dalla nostra convinzione. Noi ammettiamo che un legislatore possa avere buone ragioni di equità e di pratica convenienza onde scostarsi da qualunque più rigoroso principio del diritto transitorio; crediamo invece che l'opinione sostenuta dai citati scrittori non s'accordi coi più saldi principii di questo ramo di giurisprudenza. Noi pure abbiamo dimostrato a suo luogo (v. Vol. I, pag. 264 e segg.) che le azioni pendenti devono essere rispettate quando sono trasformazioni di diritti già acquistati, oppure quando esse medesime pongono in essere e concretano un diritto, ma tanto l'una quanto l'altra ipotesi suppone alla sua volta che si abbia un oggetto idoneo di sua natura al vero e proprio acquisto di un diritto; or bene i di-

(1) *G. I.* XXVIII, 2, 259.
(2) *A. G.* III, 1, 39.

Digitized by Google

ritti di stato personale per regola generale mancano appunto di tale carattere, come noi abbiamo dimostrato (v. sopra p. 15 e pag. 32), e come, fra gli altri scrittori, afferma esplicitamente il Weber (pag. 79).

La separazione dei coniugi ha pure alla sua volta i propri effetti; e a più forte ragione della separazione medesima, questi effetti devono per regola conformarsi alla legge attuale, anzichè a quella sotto il cui impero la separazione venne pronunziata. Tale è pure l'opinione del Dalloz (*R.*, v° *Lois*, n. 217, in f.), ed anche questa opinione ha il suffragio di giudicati italiani, come, per es., della Corte di cassazione di Torino 14 settembre 1869 (1), e 18 marzo 1871 (2). Se quindi l'effetto della separazione fosse per l'uno o per l'altro dei coniugi l'acquisto di un maggior grado di capacità, e, per es., fosse per la moglie innocente la liberazione dalla autorità maritale, codesto effetto non potrebbe, in virtù degli stessi principii generali del gius transitorio personale, essere rispettato se non fintantochè una nuova legge non statuisse un principio diverso. Ciò in virtù della generale retroattività delle leggi di stato personale, e, in particolare altresì, della più volte avvertita inefficacia della cosa giudicata contro l'immediata applicazione di quelle leggi (v. sopra p. 35-36). Il contrario fu ritenuto da una sentenza della Corte d'appello dell'Aia, 27 aprile 1814 (3), ma questa sentenza, giustamente censurata

(1) *G. I.* XXI, 1, 641.

(2) *L.* XI, 1, 477.

(3) Ap. DALLOZ (l. c., n. 518 nota). Ecco la motivazione di questa sentenza. « Attesochè le conseguenze di una separazione fra coniugi devono essere « giudicate secondo la legge vigente al momento della separazione; — atte- « sochè la separazione avvenuta fra l'appellante e il di lei marito fu stipu- « lata e pronunziata nel 1801, e quindi sotto l'impero della legge di quell'e- « poca; — attesochè a quell'epoca una donna separata dal marito in seguito « a condanna giudiziale pronunziata dopo il contratto di separazione, era « liberata dalla podestà maritale e poteva obbligarsi senza l'autorizzazione « nè il consenso del marito; attesochè, per conseguenza, l'appellante non si

Digitized by Google

dal Dalloz, è intieramente basata sulla falsa premessa che le conseguenze di una separazione fra coniugi debbano essere giudicate secondo la legge vigente nel momento della separazione.

Fra gli effetti della separazione potrebbe esservi anche il divorzio, quando per esempio la legge ordinasse che, dopo un certo tempo, la separazione dei coniugi potesse convertirsi in divorzio dietro domanda di uno dei coniugi (v. art. 310 C. N.); a tale effetto si applicheranno i principii che esporremo intorno alle cause del divorzio.

§ 6.

Dello scioglimento del matrimonio e del divorzio.

La durata del vincolo matrimoniale, finchè non lo ha sciolto la morte, è variamente regolata dalle legislazioni, secondochè queste seguono il principio della dissolubilità o quello della indissolubilità del matrimonio, e, nel primo caso, secondo il vario modo in cui regolano lo scioglimento del vincolo. Tutti i trattatisti delle quistioni transitorie hanno studiato l'influenza retroattiva di una legge nuova intorno allo scioglimento del matrimonio ed al divorzio, e si accordarono nei principii fondamentali, ma non in tutte le loro applicazioni. L'argomento è dei più importanti del diritto transitorio personale.

Principio universalmente seguìto si è che: *una legge, la quale introduca, od abolisca il divorzio, oppure muti le cause del divorzio, deve essere applicata non solo ai matrimoni conchiusi dopo, ma anche a quelli conchiusi prima della sua attuazione.* Veggansi fra gli altri scrittori: Struve (pag. 246), Merlin (l. c., pag. 232), Mailher de Chassat (1, pag. 229), Pinto (p. 142),

« trovava nel caso di aver bisogno di una autorizzazione per obbligarsi me-
« diante l'atto in questione, o di ricorrere, in difetto della medesima, al Pub-
« blico Ministero, annulla il ricorso, ecc. ».

Digitized by Google

Savigny (p. 524), Unger (p. 140), Dalloz (*R.*, v° *Lois*, n. 221), Kalindero (p. 55), Schmid (pag. 138), Grandmanche de Beaulieu (pag. 50), Lassalle (pag. 77), Theodosiades (pag. 66). Anche i legislatori furono sempre di quell'avviso; ce lo provano fra le altre la legge francese 20 settembre 1792, che introdusse per la prima volta il divorzio in Francia, la legge dell'8 maggio 1816, che ve lo abolì, e la recente legge del luglio 1884, che ve lo ripristinò (*Disp. trans.*, art. 1-2); così pure la legge transitoria del Baden del 1809 (v. Vol. I, pag. 64, in nota), quella di Amburgo del 1814 (*ib.*, pag. 73), le annoveresi degli anni 1814 e 1815 (*ib.*, pag. 79), la prussiana del 1814 (§§ 9-10, pag. 92), la sassone del 1863 (*ib.*, pag. 115) (1). La giurisprudenza dei tribunali anche essa non ha mai seguito una diversa dottrina. L'italiana, in particolare, non ebbe, a dir vero, occasione di applicarla, non essendo stato mai il divorzio ammesso in Italia, e soltanto il Tribunale di Bologna in una sentenza 8 giugno 1874 (2) si lasciò andare al proclamare l'esorbitante massima che in materia di scioglimento del matrimonio debbesi sempre applicare la legge, sotto il cui impero il matrimonio venne conchiuso.

Evidente è la consonanza di quel principio coi canoni fondamentali del gius transitorio personale. Come dice benissimo il Blondeau, « le cause dello scioglimento del matrimonio, non essendo una mera conseguenza di tale contratto, nè un risultato dei matrimoniali rapporti, ma essendo invece avvenimenti fortuiti e incerti, se la legge nuova viene a stabilire che tali cause non avranno più gli effetti che ebbero per lo passato, questa legge potrà bene applicarsi anche ai matrimoni anteriori. Imperocchè nessuno dei coniugi potè lusingarsi di con-

(1) In Italia, dopo la pubblicazione del Codice civile italiano, non vi ha dubbio che gli Ebrei e gli acattolici, i quali primi potevano divorziare, non ne hanno avuto più licenza.

(2) *Riv. Giud.* di Bologna, II, 155.

Digitized by Google

tinuare a godere dei vantaggi congiunti col suo stato, al sopraggiungere di circostanze nelle quali il legislatore decide che questo stato si deve modificare ». Noi abbiamo infatti dimostrato a suo luogo (v. sopra) che il non essere necessarie nè implicite molte delle conseguenze legali dei rapporti giuridici personali, è uno dei principali caratteri di questi rapporti. Il Merlin applica pure all'attuale argomento quell'altro principio, non meno sicuro del gius transitorio personale, che le leggi intorno allo stato e alla capacità personale sono concepite con minor riguardo al comodo privato che al pubblico ordine. « Il legislatore, dice il Merlin (l. c.), sia che permetta, sia che vieti il divorzio, non si regola secondo la volontà espressa o presunta dei coniugi quando si unirono in matrimonio, ma bensì secondo le esigenze del pubblico ordine. Infatti vana sarebbe la riserva della facoltà di divorziare, che si facessero due coniugi uniti in matrimonio sotto l'impero di una legge proibitiva del divorzio, e invano, nell'ipotesi contraria, due coniugi rinunzierebbero alla facoltà di chiedere il divorzio ». L'ipotesi fatta dal Blondeau (*ib.*) di una legge che lasci in facoltà dei coniugi di permettersi o no il divorzio, è veramente superflua, appunto perchè fino ad ora nessuna legislazione ha considerato il divorzio come materia contrattuale, ma bensì come elemento dello stato personale, il quale stato, anche se venne posto in essere mediante contratto, non è propriamente contrattuale che in alcune più essenziali sue conseguenze, come di sopra si è veduto. Data quella ipotesi, si dirà certamente col Blondeau che non si potrebbe applicare retroattivamente una legge la quale si scostasse bensì dalla espressa pattuizione di certi coniugi, ma coll'aspetto di interpretare i contratti di matrimonio. Noi soggiungeremo poi alla nostra volta che, attuata una legge nuova, la quale vietasse di far patti per ammettere o per escludere il divorzio, o regolasse questa materia con massime imperative, e non semplicemente

Digitized by Google

dispositive, perderebbero ogni effetto le pattuizioni contrarie fatte sotto una legge anteriore che le permetteva (arg. sopra pag. 157).

Che se tanto l'abolizione quanto l'introduzione del divorzio si applicano ai matrimoni già conchiusi, come a quelli che si conchiuderanno, rispetto alla seconda ipotesi però non si vuol perdere di vista un riflesso che già facemmo rispetto alla separazione, e che in questa materia del divorzio è sfuggito a tutti gli scrittori, fuorchè al solo Kalindero (pag. 57 e segg.). Le cause del divorzio non devono risolversi nell'arbitrio di uno dei coniugi di far sciogliere il matrimonio, e, quando siano tali, non possono applicarsi ai matrimoni già conchiusi, essendochè altrimenti si toglierebbe a tali matrimoni l'essenzialissimo effetto che nessuno dei coniugi possa abbandonare l'altro arbitrariamente, effetto che, dopo la introduzione di siffatte cause di divorzio, cesserebbe per verità di potersi dire essenziale al matrimonio, ma che prima poteva dirsi veramente diritto acquisito mediante il matrimoniale contratto. Osserva giustamente il suddetto scrittore che il divorzio per incompatibilità d'umore, ammesso dalla legge francese del 1792, ed escluso dal C. N., risolvevasi in un vero ripudio di un coniuge per parte dell'altro, e quindi venne ingiustamente applicato da quella legge anche ai matrimoni anteriormente conchiusi (1) *.

(1) Il Kalindero trova lo stesso carattere arbitrario anche nel divorzio per demenza o per assenza dell'altro coniuge, pure ammesso dalla legge del 1792, ma noi non ne possiamo convenire, attesochè nè l'una circostanza nè l'altra sono prodotte da quel coniuge che le adduce per ottenere il divorzio. Neppure possiamo convenire col Kalindero (pag. 59) che il C. N., abolendo il divorzio per incompatibilità d'umore anche nei matrimoni conchiusi sotto l'impero della legge del 1791, abbia commesso una ingiusta retroattività; il diritto di divorziare per tal motivo non si poteva ritenere un diritto acquistato di stato personale in virtù di quei matrimoni (v. sopra pag. 32?).

(*) *Dello scioglimento di un matrimonio rato, non consumato, dopo l'attuazione del Codice civile italiano.* — A complemento delle cose dette circa l'azione retroattiva delle leggi sul divorzio, e in particolare di una legge

Digitized by Google

Venendo ora all'applicazione del principio generale sovra esposto, è quistione delle più dibattute fra gli scrittori di questa parte del diritto transitorio, se nello applicare ai matrimoni

che proscrive il divorzio, stimiamo opportuno avvertire che a tale principio non si potrebbe sfuggire introducendo in qualche caso la distinzione fra *causa di divorzio*, e *causa di risoluzione del matrimonio*. Questa distinzione è stata appunto immaginata nella celebre causa Garibaldi-Raimondi da un celeberrimo avvocato, il quale accumulò sofismi sopra sofismi, onde ottenere, come ottenne, una sentenza, che io fui primo a denunziare all'Italia come un *servizio* e una *misura politica*. Massimo di quei sofismi fu il rappresentare lo scioglimento del matrimonio rato non consumato, quale era possibile per dispensa pontificia quando vigeva il diritto canonico matrimoniale, come una *risoluzione* del contratto pel verificarsi di una condizione risolutiva. Io ho combattuto questa strana tesi nella mia *Confutazione della sentenza della Corte d'appello di Roma in causa Garibaldi-Raimondi* (Milano, Richiedei, 1880), ristampata nelle mie *Quistioni di diritto civile* (Torino, Chiantore, 1882), ed ora riporto in questa nota la parte più sostanziale di quella critica.

Lo scioglimento per dispensa pontificia del matrimonio rato non consumato, è vero scioglimento del matrimonio, cioè vero divorzio, impossibile quindi dopo l'attuazione del Codice civile italiano, che siffatta dispensa più non ammette, e vano è il ricorrere alla dottrina delle cause di risoluzione dei contratti per sostenere l'opinione contraria. La giurisprudenza invero insegna che quelle cause sono di due specie. Le une, vere e proprie *condizioni risolutive*, tacite od espresse, inerenti ai contratti medesimi; le altre, *cause di scioglimento* surte posteriormente alla conclusione di quelli. Le prime fanno sì che le parti si considerino l'una di fronte all'altra, come se non avessero mai contrattato. Le seconde fanno sì che le parti si considerino reciprocamente sciolte da ogni obbligo per l'avvenire. Le prime danno occasione di applicare, fra gli altri, il principio: *resoluto jure dantis, resolvitur et jus concessum;* le seconde no. Delle prime sono esempio la clausola resolutoria tacita dell'inadempimento del contratto, e le molteplici condizioni cui i contraenti possono alligare con effetto risolutivo le loro stipulazioni. Delle seconde sono esempio il dissenso o il consenso contrario in ogni e qualunque contratto non ancora eseguito, o non ancora esaurito nei suoi effetti, e, nel matrimonio in particolare, per consenso dell'avvocato suddetto e dei giudici che lo seguirono, ne sono esempio le ordinarie cause del divorzio, dove questo sia ammesso, come per es. il consenso di entrambi i coniugi, l'adulterio, la condanna criminale di un coniuge, i maltrattamenti inflitti da un coniuge all'altro. Queste cause infatti fanno cessare, sciolgono il matrimonio per l'avvenire soltanto; e ben a ragione nè quei giureconsulti, nè altri mai hanno sognato che là dove il divorzio è ammesso, benchè soltanto lo sia per cause dichiarate, il matrimonio abbia natura giuridica di contratto condizionato, cioè concluso colla condizione risolutiva tacita che non avvenga

Digitized by Google

già conchiusi una legge nuova introduttiva del divorzio o di qualche nuova causa di questo, sia necessario che la causa del divorzio siasi verificata in quei matrimoni dopo l'attuazione

nessuno di quei fatti che per legge sono motivi sufficienti ad invocare e conseguire lo scioglimento.

O *condizione risolutiva* adunque, o semplice *causa di scioglimento* posteriore al contratto, o l'una cosa o l'altra; di mezzo non c'è nulla, fuorchè l'equivoco. O la non consumazione, accompagnata da grave causa, è vera e propria *condizione risolutiva* del matrimonio, o essa non è che una causa di scioglimento, simile giuridicamente alle ordinarie cause di divorzio; l'una cosa o l'altra doveva francamente dichiarare la suaccennata sentenza, che invece non dichiarò nè l'una, nè l'altra. La non consumazione del matrimonio, *condizione risolutiva,* et quidem *tacita*, di questo contratto, tale e non altro è il senso dell'arcana colleganza fra scioglimento del matrimonio per quel titolo e conclusione del medesimo, che i giudici del 26 dicembre 1879 e i loro collaboratori designarono vagamente colle frasi *causa de praeterito, causa risolutiva congenita, causa risolutiva nascente dall'originaria costituzione e modalità del vincolo.* Tale e non altro è il *quid dimidium* fra annullamento e scioglimento, che è perno e punto vitale dell'argomentazione di quei giureconsulti. È questo il Proteo cui essi alternano a piacimento i nomi di *causa* o *azione* di nullità, *di causa o azione di scioglimento*, la radice, la fonte prima delle contraddizioni, degli equivoci e delle oscurità in cui essi sono perennemente involti. O intendere in quel modo il senso arcano dei loro discorsi, o rinunziare a intenderli affatto in nessun modo, e quindi essere costretti a condannare e mettere da parte la sentenza e i suoi commentari, come enigmi e non sensi.

Ma è egli poi lecito considerare la *non consumazione* del matrimonio come *condizione risolutiva tacita* di questo contratto?

Anche qui la giurisprudenza risponde di no con ragioni insuperabili per certezza e gravità.

Anzitutto il giure canonico non consente opinione siffatta, perchè esso non permette scioglimento di matrimonio rato e non consumato, se non quando e perchè concorrano *gravi cause* a giustificarlo. Sono queste cause il fondamento prossimo della domanda e della sentenza di scioglimento, e non il solo difetto di consumazione. Il non essere stato consumato il matrimonio è una mera condizione negativa, *sine qua non*, perchè lo scioglimento si possa ottenere; se le *gravi cause* non vi si aggiungono, lo scioglimento è impossibile. Ma che le gravi cause non siano nè *de praeterito*, nè *congenite al vincolo*, nè *effetti della costituzione o della modalità del vincolo*, non vi ha d'uopo dimostrare. Sorprende davvero il meschino artificio con cui i giudici del 26 dicembre 1879 e i loro cooperatori, per confondere le idee proprie e le altrui intorno alla vera natura giuridica dello scioglimento del matrimonio non consumato, ne trascurano affatto un elemento essenziale, nell'atto stesso in cui si danno l'aria di precisarla scientificamente.

Digitized by Google

della legge nuova, oppure basti che siasi verificata sotto l'impero della legge anteriore che il divorzio non ammetteva. È quistione analoga ad altra da noi già risoluta poco sopra

È poi il ragionare di matrimonio risolubile *ab initio*, per la condizione risolutiva della non consumazione, un contraddire apertamente al principio, inconcusso e fondamentale, del diritto matrimoniale antico e moderno, che il matrimonio non si possa concludere sotto condizione risolutiva. Il quale principio, benchè sulle prime possa non parere, non è meno sicuro nel diritto canonico che nel civile moderno, e, rispetto alle condizioni risolutive in particolare è certissimo nel primo come nel secondo. Nè l'uno e l'altro diritto fanno poi differenza tra condizioni risolutive, espresse o tacite, e, quanto alle risolutive tacite, fra quella della non consumazione del matrimonio, e un'altra qualunque. Ciò perchè, come tutti sanno, non può essere in arbitrio dei coniugi il conservare il matrimonio o il farlo cessare, e non è quindi ammissibile che all'atto di porre in essere il vincolo coniugale essi pensino a future circostanze, dipendenti dalla loro volontà, che ne possano impedire gli effetti, se non col proposito di evitarle e di prevenirle. Ragion per cui, dove il divorzio è ammesso, le cause legittime di questo non operano, se non perchè le fa valere il coniuge che le patisce, e non già quello che le fa nascere, e la sentenza del giudice che pronunzia il divorzio ha il carattere morale, e in parte anche giuridico, di castigo inflitto a chi infranse i doveri coniugali.

Che se fosse possibile attribuire allo scioglimento del matrimonio per non consumazione, il carattere giuridico di effettuazione di una condizione risolutiva del contratto, perchè non si dovrebbe dire lo stesso di ogni e qualunque causa di divorzio? Imperocchè non è a dubitare che anche la non consumazione del matrimonio è un fatto posteriore alla conclusione di questo. Eppure nessun giureconsulto ha mai osato affermare la seconda cosa; chi oserà affermare la prima?

Nè vale l'addurre contro i suddetti argomenti la parola *dirimi* adoperata dal Tridentino a proposito dello scioglimento del matrimonio rato, per la solenne professione di uno dei coniugi. L'argomento si risolve in una petizione di principio, essendo quella appunto una generica espressione, che può tanto designare l'annullamento, quanto lo scioglimento, perchè essa ha di mira soltanto il risultato pratico e ultimo dell'essere tolto di mezzo il matrimonio, locchè può accadere nell'uno e nell'altro di quei modi. Gratuito affatto è l'asserire che quel *dirimi*, sia nel suddetto caso di scioglimento, sia in quello analogo di che ora si discute, voglia significare propriamente scioglimento *per causa insita* nel contratto, anzichè per causa del tutto posteriore a questo. *Non oportet jus calumniari.* Del resto non manca nel diritto canonico qualche speciale principio intorno agli effetti del matrimonio rato non consumato, che è manifestamente e assolutamente inconciliabile colla tesi della risoluzione di quel matrimonio *ex tunc*, sia per dispensa pontificia, sia per la professione religiosa di uno dei coniugi. Tale

Digitized by Google

rispetto alla separazione, onde ciò che noi diremo rispetto alla prima, varrà altresì, analogamente, come conferma e

è il principio che l'adulterio, accompagnato dalle altre circostanze volute da quel diritto, può valere come *impedimentum criminis*, anche se commesso da una persona legata da vincolo di matrimonio rato non consumato. Lo dice espressamente il SANCHEZ (ap. KUTSCHKER, op. cit., Vol. 3, pag. 408): *non autem requiritur matrimonium consummatum, et sufficit matrimonium, quamvis celebratum sit divortium.* Il che significa avere in quell'argomento il matrimonio rato una virtù propria, pari a quella del matrimonio perfezionato colla consumazione, la quale propria virtù non si concilia affatto col concetto di un matrimonio soggetto all'arbitrio dei contraenti, quale sarebbe nella dottrina della risolubilità per omessa consumazione.

Non è dunque condizione risolutiva del matrimonio per diritto canonico la non consumazione; affermare il contrario è manifesto e gravissimo errore giuridico.

Non esiste dunque quel termine medio fra annullamento e scioglimento del matrimonio, che la sentenza del 26 dicembre 1879, e i giureconsulti che vi cooperarono, immaginarono, ma non definirono; il cui vago concetto è pernio dell'apparente loro dimostrazione, fondamento della loro tesi: che lo scioglimento del matrimonio non consumato possa avere effetti eguali a quelli dell'annullamento; tesi da cui provennero gli equivoci e le oscurità dominanti dal principio alla fine in tutti i loro ragionamenti.

Non è dunque possibile che la non consumazione del matrimonio produca nè in diritto canonico, nè in nessun altro diritto del mondo, effetti giuridici eguali a quelli dell'annullamento.

Non è altra dunque la natura giuridica della non consumazione del matrimonio, se non quella di ogni altra vera e propria causa di scioglimento o di divorzio.

E non lo è per la stessa confessione degli autori della sentenza del 26 dicembre 1879. Imperocchè se, trovatisi nella necessità di uscire un pochino dall'equivoco, e di dare un qualche apparente fondamento alla conclusione cui volevano pervenire, essi ammisero, a costo anche di contraddirsi, che la questione fosse di *scioglimento* di matrimonio, il dare poi il giusto senso a queste parole non era più nel loro arbitrio, e non era quindi lecito ad essi dissentire da ciò che in proposito la scienza insegna ed impone.

Ciò che noi abbiamo fin qui propugnato, riceve piena conferma dalla legge austriaca 25 maggio 1868, la quale ebbe appunto per iscopo di abolire in Austria il diritto matrimoniale canonico, introdottovi dalla Patente imperiale 8 ottobre 1856, da quella stessa Patente che fu in vigore in Lombardia fino al 28 ottobre 1860, e dalla quale la sentenza 26 dicembre 1879 pretende desumere nell'attore il *diritto quesito* di essere *liberato* dal vincolo coniugale per titolo di non consumazione. Or bene, che cosa ha disposto il legislatore austriaco rispetto a siffatta pretesa?

Ecco che cosa si legge nell'art. IV della legge austriaca 25 maggio 1868.

Digitized by Google

ulteriore schiarimento di ciò che già dicemmo rispetto alla seconda.

La seconda delle due suaccennate opinioni è propugnata dal Merlin (p. 222), dal Mailher de Chassat (1, p. 230), e dal Dalloz (*R.*, v° *Lois*, n. 222); la prima invece è propugnata dal Savigny (p. 266), dall'Unger (p. 140, nota 51), dal Lassalle (p. 78), dal nostro Mazzoni (l. c., pag. 42, nota 1), e dal Rintelen (p. 55). Parecchie legislazioni positive hanno pur seguito questo secondo avviso, fra le quali l'Ordinanza transitoria prussiana del

« Per l'applicazione della presente legge vengono emanate le seguenti disposizioni transitorie:

« § 1. Trattandosi di *validità* di un matrimonio contratto sotto l'impero della Patente 8 ottobre 1856, se ne deve decidere secondo il disposto di questa Patente e delle altre disposizioni contemporaneamente pubblicate.

« Lo *scioglimento*, del pari che la separazione di letto e di mensa, rispetto ad un matrimonio concluso prima dell'attuazione della presente legge, devesi invece, dal giorno di questa attuazione, giudicare *esclusivamente* secondo le disposizioni della legge civile e della legge presente ».

Nè contraddice la giurisprudenza italiana, come pure fu asserito, alla nostra dottrina circa il vero carattere dello scioglimento del matrimonio *rato non consumato*, e l'inammissibilità del medesimo dopo l'attuazione del Codice civile italiano. Si adducono in contrario tre sentenze d'appello: Corte di Napoli, in causa Scognamiglio-Angelillo, Corte di Genova, 21 luglio 1874, in causa Rocca-Brambilla, Corte di Venezia, 14 novembre 1872, in causa Thiene-Vaccari, e due sentenze di tribunale: Genova, 25 ottobre 1874, in causa Rocca-Brambilla, Napoli, 1° maggio 1868, in causa Scognamiglio-Angelillo. Ma in realtà, delle tre decisioni di Corti d'appello, due, quelle di Napoli e di Venezia, *non dicono nulla affatto*, nè in via principale, nè in via incidentale, e *neppure fanno riserva di sorta alcuna* rispetto alla questione dell'odierna dissolubilità di un matrimonio concluso vigendo il diritto canonico, per titolo di non consumazione; la terza, quella di Genova, non fa che *toccare in via incidentale* quella questione, ma *senza risolverla*, e *riservandone* la soluzione.

Rimangono sole decisioni concernenti la questione, quelle del tribunale di Genova e del tribunale di Napoli. Ma queste sentenze si contraddicono, perchè l'una considera *caso di nullità* quello che l'altra considera *caso di scioglimento* di matrimonio.

E così, a *due sole sentenze di tribunale, et quidem* contraddittorie, riducesi tutta quanta la *patria giurisprudenza*, che i giureconsulti da noi censurati osano asserire favorevole ad una tesi, repugnante ai più sicuri principii del diritto transitorio e del diritto matrimoniale.

Digitized by Google

1814 (§ 10, v. Vol. I, pag. 89, in nota) (1), e la legge transitoria olandese del 1833 (art. 41, v. Pinto, pag. 143). La giurisprudenza pratica è anch'essa rimasta incerta intorno a questa quistione, come lo provano le contraddittorie sentenze che accenneremo in seguito. Noi siamo convinti che nell'attuale argomento possono essere di molto giovamento i principii generali esposti nella prima parte di quest'opera, sia per venire ad una soluzione soddisfacente, sia per conciliare fra di loro e colla dottrina migliore, certe opinioni di giureconsulti e decisioni di tribunali finora credute inconciliabili. Ma prima occorre determinare esattamente lo stato attuale della quistione.

Il Mailher de Chassat e il Dalloz non fecero in sostanza che ripetere le ragioni del Merlin. Quest'ultimo però non ha discusso propriamente la quistione, ma piuttosto la considerò come risoluta in Francia da due leggi consecutive, cioè da quella più volte menzionata del 1792, e dalla legge transitoria del 26 germinale anno 11. La prima di queste due leggi statuiva nell'art. 6, che dal giorno della sua attuazione tutte le domande di separazione, e le sentenze non eseguite, sarebbero rimaste estinte e sospese, e che i coniugi avrebbero potuto domandare il divorzio. Disponendo così, la legge del 1792, dice il Merlin, ha deciso chiaramente che il divorzio può essere domandato anche per fatti anteriori alla pubblicazione della legge. In altri termini, il Merlin ha voluto dire, e assai giustamente, che la surriferita disposizione permetteva evidentemente di giovarsi nel nuovo processo per divorzio dei fatti già addotti nel precedente processo di separazione. Anche la legge del 26 germinale anno 11, dice il Merlin, collo statuire che le cause pendenti per divorzio possono venir proseguite a

(1) E così pure le tre leggi transitorie prussiane del 1816: per la Sassonia (p. 11), per la Prussia occidentale (p. 11), e per Posen (p. 11); v. Savigny, l. c., pag. 516 in nota, e pag. 213.

Digitized by Google

termini dalle leggi sotto le quali vennero presentate, fa comprendere chiaramente che le domande le quali verranno presentate dopo l'attuazione della legge nuova potranno essere giudicate secondo quest'ultima, a qualunque epoca risalgano i fatti, alle quali elle si appoggiano. Tanto il Merlin, quanto il Mailher de Chassat, e il Dalloz, non hanno poi menomamente investigato se l'opinione seguita dal legislatore francese nel 1792, e secondo loro, anche nell'anno 11, riposi veramente su motivi generali, in modo che la si possa elevare, come essi fecero, a principio scientifico.

Altro argomento che pare assai valido agli accennati scrittori, si è quello contenuto in una sentenza della Corte d'appello di Torino del 21 floreale anno 12 (1), riformatoria di una sentenza del Tribunale di prima istanza di quella città. « Attesochè, sebbene sia vero, rispetto ai matrimoni conchiusi prima della pubblicazione del Codice civile, che ciaschedun coniuge aveva acquistato il diritto all'indissolubilità del vincolo, questa indissolubilità del vincolo però ripugnava in alcuni casi alla natura e all'essenza di ogni contratto sinallagmatico, e non si fondava che su leggi ed opinioni religiose, la cui forza coattiva cessò col nuovo sistema di tolleranza introdotto dalle leggi, cosicchè non tanto si tratta di violazione di un diritto, quanto piuttosto di emancipazione e di ritorno ad una bene ordinata libertà; attesochè, se a leggi di questo genere si potessero applicare i generali principii intorno alla retroattività e ai diritti acquisiti, dovrebbesi ammettere il divorzio per demenza, o per assenza di cinque anni, o per allontanamento da due anni, locchè sarebbe evidentemente contrario all'intenzione del legislatore, il quale non ammise in via transitoria che la continuazione delle istanze già pendenti per le cause suddette all'epoca della legge nuova; ed essendo questo il solo caso di eccezione previsto dalla legge quanto alle cause anteriori,

(1) *R. G* 5, 29. — D. *R.* 11, 259.

Digitized by Google

ne segue che in tutte le altre disposizioni essa legge debbasi riguardare come esplicativa del diritto comune, e debba essere applicata a tutti i matrimoni anteriori indistintamente; attesochè, lungi dal considerare l'azione pel divorzio come una pena, i legislatori l'hanno presentata come un rimedio al male, e come giovevole ad ambedue i coniugi, locchè esclude qualunque idea di diritti violati, o di convenzioni infrante; attesochè, finalmente, la privazione di certi diritti e vantaggi matrimoniali, pronunziata dalla legge contro il coniuge convenuto nel processo di divorzio, non può sotto nessun rapporto essere confusa colle pene inflitte ad un delitto; essa è soltanto una dichiarazione e determinazione che fa la legge nuova della indennità che il coniuge, contro cui il divorzio è domandato, avrebbe dovuto all'altro coniuge in virtù della legge anteriore a titolo di separazione, ecc. ».

A queste ragioni il Dalloz (l. c.) aggiunge anche la considerazione che la ragione della legge, la quale ammette la domanda di divorzio per certi fatti determinati, si è che questi pongono i coniugi in tale situazione l'uno di fronte all'altro, che la continuazione del matrimonio non possa essere per ambedue che una sorgente d'infelicità; il qual risultato può essere indifferentemente prodotto da fatti anteriori o posteriori all'attuazione della legge sul divorzio.

I partigiani dell'opposta opinione spendono assai meno parole per dimostrarla. Il Savigny e l'Unger non fanno che esprimerla nel tuono di chi fonda la propria convinzione sull'evidenza, e Lassalle soggiunge soltanto che l'opinione contraria alla sua sarebbe la più scandalosa (*schreiendste*) delle retroattività (1). Anche la motivazione della succitata sentenza del

(1) Egli è strano che il Lassalle (pag. 18 e pag. 10) attribuisca al Savigny l'opinione contraria alla sua propria, e si sforzi di argomentarla da tutt'altri luoghi del *System des heut. röm. rechts*, fuorchè dalla pagina 526, dove il Savigny professa esplicitamente la stessa opinione sostenuta dal Lassalle.

Digitized by Google

Tribunale di prima istanza di Torino, riformata poi, come si vide, in appello, è breve e in tuono aforistico: « attesochè è massima del diritto, religiosamente rispettata da tutte le legislazioni, e posta in capo allo stesso Codice dove si contiene la legge sul divorzio, che la legge non deve avere effetto retroattivo; attesochè in virtù di tale principio, nella discussione intorno ad una domanda presentata per fatti anteriori alla pubblicazione delle nuove leggi, si deve ricorrere alle leggi antiche, e non alle nuove, ecc. ».

Noi pure non possiamo esitare un istante a seguire la seconda delle due surriferite opinioni, ogniqualvolta la domanda di divorzio sia basata su singoli fatti *compiuti e finiti* sotto l'impero della legge precedente. In questo caso sembra anche a noi evidente che il volere applicare la legge sul divorzio ad un matrimonio anteriore, adducendo la generale retroattività delle leggi sullo stato personale, sia un abusare di questo principio, spingendolo oltre un limite che nessuna legge può mai varcare, il limite cioè del tempo in cui non erano ancora accaduti i fatti a cui la legge vorrebbesi applicare; codesta specie di retroattività noi l'abbiamo dichiarata impossibile fin dal principio dei nostri studi (v. Vol. I, pag. 34). La riferita argomentazione del Tribunale di prima istanza di Torino non potrebbe essere per noi nè più giusta nè più stringente.

Ma può darsi che i fatti, in base ai quali il divorzio viene domandato, non siansi esauriti prima dell'attuazione della legge nuova, costituiscano cioè una di quelle *durevoli condizioni di fatto*, che già nella Parte Generale (Vol. I, pag. 234) abbiamo avvertito potersi calcolare dalla legge nuova, avendo riguardo non solo a ciò che sotto il suo impero è accaduto, ma anche a ciò che è accaduto prima. E tale ipotesi può avverarsi, o perchè: *a*) i fatti che danno causa al divorzio sono complessi, cioè risultano dall'insieme e dalla successione di molti fatti minori, i quali abbracciano un periodo di tempo

Digitized by Google

occupato successivamente da due leggi diverse, oppure: *b*) perchè quei fatti, essendo semplici, protraggono gli effetti loro al di là della durata della legge, sotto la quale cominciarono. Della prima specie ci porgono esempio l'incompatibilità di carattere fra i coniugi, se essa vale come causa del divorzio, e le ingiurie gravi e i mali trattamenti; ambedue questi concetti racchiudono in sè l'abitualità dei fatti a cui si riferiscono. Della seconda specie ci porge esempio la condanna criminale di un coniuge, nel caso che la pena non fosse ancor stata intieramente scontata allorquando venne attuata la legge che la riguarda come giusta causa di divorzio. Se all'una o all'altra di queste specie appartengono i fatti accaduti prima dell'attuazione della legge sul divorzio, e pei quali il divorzio viene ora domandato, noi crediamo che questa domanda debbasi accettare e giudicare secondo quella legge. Facile ce ne sembra la dimostrazione.

a) Se i fatti di cui si tratta sono complessi, o per meglio dire, si risolvono nell'abitualità di certi rapporti fra i coniugi, quella parte dei medesimi che è accaduta sotto l'impero della legge anteriore, viene considerata dal giudice non per porla a carico di chi ne fu l'autore, ma soltanto per giudicare la vera importanza e gravità di quella parte che accadde sotto l'impero della legge nuova. Se, per esempio, una moglie domanda il divorzio, allegando gli abituali maltrattamenti inflittile dal marito, ma nel breve tempo trascorso dopo che il divorzio è stato permesso quei maltrattamenti non poterono essere che pochi, e la moglie prova che il marito già da molto tempo prima di quell'epoca aveva l'abitudine di offenderla in quella maniera e nelle medesime circostanze in cui l'offese di poi, il giudice potrà benissimo, a parer nostro, ammettere l'abitualità delle gravi offese e permettere il divorzio in virtù della legge nuova. Imperocchè, sentenziando così, il giudice non viene propriamente a punire il marito delle offese da lui com-

Digitized by Google

messe sotto l'impero della legge precedente, ma soltanto ha riguardo a tali offese per determinare il vero carattere degli atti illeciti commessi dal marito sotto l'impero della legge nuova, ritenendo che egli abbia veramente percosso od altrimenti maltrattato la moglie anche in quest'epoca per abituale mancanza di rispetto ai doveri del suo stato. Oltracciò sarebbe a dir vero anche ridicola nel suesposto caso l'inazione del giudice, il quale aspettasse che la moglie ricevesse molte altre percosse od offese per ritenere che il marito avesse ancor l'abitudine di maltrattarla. Superfluo è del resto l'avvertire che se le nuove offese fossero accadute in circostanze affatto differenti da quelle fra cui erano accadute le precedenti, e il cambiamento fosse a vantaggio del marito, non potrebbe il giudice decidere in quella maniera.

Due sentenze, fra le quali una di Cassazione, confermano le cose anzidette. Con sentenza del 20 piovoso anno 13 la Corte d'appello di Bruxelles (1) ammise una domanda di divorzio presentata da una moglie contro il marito per ingiurie gravi e cattivi trattamenti tanto prima, che dopo il 1° ottobre 1793, epoca in cui entrò in vigore la legge sul divorzio del 1792. Il marito ricorse in Cassazione, pretendendo che fosse stata data una ingiusta retroattività a quella legge, ma la sezione dei ricorsi della Corte di cassazione di Parigi respinse il ricorso con sentenza del 12 febbraio 1806 (2), osservando « che la Corte d'appello non aveva avuto unicamente riguardo ai fatti anteriori al 1793, ma eziandio a quelli accaduti dopo, e quindi il rimprovero di ingiusta retroattività rimaneva senza fondamento ».

b) Se i fatti di cui si tratta sono semplici, ma non esauriti vigendo la legge anteriore, persistendo essi anche sotto l'impero della legge nuova, potranno dopo l'attuazione di questa diven-

(1) *Pasicr.*, 1ª ser. *Jur. d. C. d. France et d. Belg.*, Vol. I, p. 140.
(2) *Pasicr.*, 1ª ser. *C. d. Cass.*, Vol. 4, pag. 194.

Digitized by Google

tare causa di scioglimento di un matrimonio anteriore, poichè per la parte che ne rimane dopo quell'epoca essi possono considerarsi come attuali, quantunque per il cominciamento loro si possano considerare come anteriori. Se, per esempio, una moglie domanda il divorzio allegando una condanna criminale, subìta e non ancora scontata intieramente dal marito prima dell'attuazione della legge che per tal causa ammette lo scioglimento del matrimonio, il divorzio potrà essere accordato, perchè il trovarsi il marito in prigione al momento in cui la domanda viene presentata è un fatto attuale, qualunque del resto sia il tempo in cui è cominciato, ed ogni fatto attuale nelle materie di stato personale suol essere regolato dalla legge attuale. Differente sarebbe il caso ed opposta la decisione, se, in luogo di trovarsi ancora servo di pena, il marito ne fosse già stato intieramente liberato quando la legge sul divorzio venne posta in vigore. In questo caso la condanna criminale apparterrebbe alla categoria dei fatti anteriori, ai quali giusta le cose dette precedentemente quella legge non potrebbe essere applicata. Non varrebbe l'obbiettare, come fu detto in una sentenza del Tribunale di prima istanza di Torino del 22 termidoro anno 9 (1), che non si può dare ad una condanna penale un effetto ignorato dalla legge sotto il cui impero venne emanata. Imperocchè, se anche non troppo giustamente il Dalloz affermi (l. c., n. 222) non potersi ritenere che il marito sarebbesi astenuto dal delinquere, se avesse saputo che il suo delitto avrebbe potuto cagionare il divorzio, questo viene accordato nel caso suesposto non come pena del marito, ma come diritto della moglie, e propriamente come diritto di stato personale, cioè come il miglior modo di regolare in tali circostanze i matrimoniali rapporti.

Anche le cose dette dianzi ricevono conferma da giudiziali decisioni. La Corte d'appello di Torino, riformando con deci-

(1) V. nota 1, pag. 5.

Digitized by Google

sione del 25 maggio 1808 (1) quella menzionata dianzi del Tribunale di prima istanza della stessa città, accordò il divorzio ad una donna, il cui marito era stato condannato a nove anni di ferri con sentenza del 22 termidoro anno 9, prima che il C. N. venisse pubblicato in Piemonte. Nei motivi della sentenza la Corte avvertì esplicitamente essere stata per lei circostanza decisiva il trovarsi il marito ancor sottoposto alla pena quando venne emanata la legge sul divorzio. « Atteso, dice la Corte, che la pena a cui venne condannato il marito, e che ora egli subisce nel bagno di Tolone, è senza dubbio infamante; che le leggi regolatrici dello stato delle persone esercitano il loro impero dal momento della loro pubblicazione, e per conseguenza, qualunque sia l'epoca della condanna, basta che, quando fu promulgata la legge sul divorzio l'attrice fosse congiunta in matrimonio con persona colpita d'infamia in virtù di sentenza passata in giudicato, perchè potesse invocare il disposto della legge medesima; che non si può dire interpretarsi troppo estesamente la legge del divorzio, applicandola ai casi che l'hanno preceduta, nè aggiungersi una pena non compresa nella disposizione della legge, coll'attribuire a quei casi l'effetto del divorzio; imperocchè il Codice, coll'ammettere fra le cause del divorzio la condanna di uno dei coniugi ad una pena infamante, non ha inflitto una pena, ma soltanto ha regolato i diritti dei cittadini francesi e lo stato delle persone, e, per conseguenza, *basta che al momento della pubblicazione della legge, lo stato e la condizione delle persone siano quali la legge esige per dar luogo al divorzio, affinchè vi si possa ricorrere senza offendere nessun diritto acquisito* ». Anche la Corte d'appello dell'Aia, nel decidere colla sua sentenza del 13 aprile 1813 (2)

(1) D. *R.* 11, 930; *Pasicr.*, 1ª ser., *Jur. d. C. d. Fr. et d. Belg.*, Vol. II, pag. 370.

(2) *R. G.* 14, 2, 91; D. *R.* 915; *Pasicr.*, 1ª ser., *Jur. d. C. d'app.*, Vol. IV, pag. 678.

Digitized by Google

che alle separazioni volontarie di letto e di mensa, avvenute prima dell'attuazione del C. N., non si applichi l'art. 310 di questo Codice, venne indirettamente a confermare l'opinione suesposta. L'articolo suddetto permette al coniuge convenuto nel giudizio di separazione, di domandare il divorzio dopo tre anni dall'avvenuta separazione, se l'altro coniuge non si voglia riunire con lui. Or bene, quantunque gli effetti della separazione siano regolati dalla legge sotto il cui impero si compiono (v. sopra p. 161), nella separazione volontaria però non vi ha nè attore nè convenuto, e non tanto si applica la legge quanto piuttosto questa viene a confermare la volontà del cittadino, sottraendone quindi l'oggetto all'influenza di leggi posteriori. Ma con quella decisione la Corte dell'Aia ammise in pari tempo in modo implicito che l'art. 310 del C. N. avrebbe potuto essere applicato alle separazioni pronunziate mediante sentenza giudiziale prima dell'attuazione di quel Codice. E tale opinione discende pure dalle cose sopraddette; imperocchè ciò che esige l'art. 310 del C. N. affinchè il divorzio possa essere accordato, si è che quando lo si domanda siano decorsi tre anni dalla separazione, e che il coniuge che ottenne la separazione non voglia riunirsi coll'altro; ora il tempo decorso è sempre in certo modo un fatto che si compie nel momento attuale, poichè questo suol venire indicato in relazione ai precedenti, e quindi il decorso di tre anni può dirsi un fatto che si compie al termine del terzo anno, il qual termine, nell'ipotesi in discorso, si è appunto verificato sotto l'impero della legge nuova che ne desume una causa di divorzio.

Fa meraviglia davvero che nè al Merlin nè al Dalloz, nè ad altri siasi presentata la distinzione esposta poco sopra, nel discutere intorno allo scioglimento del matrimonio per fatti anteriori alla legge sul divorzio. Come mai non hanno essi avvertito che, se il loro principio fosse giusto, la riferita decisione della Corte di Torino del 25 maggio 1808, che essi citano in

Digitized by Google

loro sostegno, dovrebbesi applicare anche al caso che prima della attuazione della legge sul divorzio, il marito avesse già scontato intieramente la pena, locchè è manifestamente inammissibile? Più strano ancora riesce che tutti quei giureconsulti abbiano pure addotto a sostegno della loro ipotesi la riferita decisione di Cassazione del 12 febbraio 1806, la quale, come già notammo (p. 176), avverte espressamente che i fatti addotti per ottenere lo scioglimento del matrimonio eransi compiuti in parte eziandio dopo la pubblicazione della legge introduttiva del divorzio, la quale osservazione avrebbe potuto bastare di certo per metterli sulla via di fare le distinzioni da noi precedentemente avvertite.

Tutta l'argomentazione di quei giureconsulti si riduce quindi all'autorità della sentenza del Tribunale di prima istanza di Torino del 21 floreale anno 12, e delle leggi sul divorzio del 1792 e dell'anno 11 (v. sopra, p. 173-174). Ma di queste due leggi, una sola, cioè la prima, statuisce veramente la tesi generale del Merlin e dei suoi seguaci; la seconda, col disporre che la legge nuova sul divorzio debbasi applicare a tutte le domande di divorzio presentate dopo la sua attuazione, non ha detto se le cause di divorzio debbano essere anteriori o posteriori a quella legge. Del resto noi abbiamo già più volte avvertito nel corso di quest'opera che le leggi positive non sono sempre emanate per mere ragioni giuridiche, e quindi non si possono sempre assumere come principii nella dottrina della retroattività.

In conclusione, noi conveniamo con chi pensa non potersi dissolvere un matrimonio per fatti anteriori all'attuazione della legge sul divorzio, in quanto si intendano fatti già compiuti e totalmente consumati quando quella legge venne attuata; soltanto ove si tratti di fatti in quell'epoca non ancora compiuti intieramente, o non consumati del tutto, noi conveniamo coi fautori della tesi contraria.

Digitized by Google

§ 7.

Continuazione.

Uno speciale argomento, solitamente non avvertito, ma pur non senza importanza nella dottrina transitoria del divorzio, è quello dell'influenza di una legge nuova intorno al medesimo, oppure di una legge che lo abolisca, rispetto ai processi pendenti quando quella legge venne posta in vigore.

Se noi confrontiamo le leggi positive su tale argomento, siamo condotti anzitutto a distinguere l'abolizione di una o più cause di divorzio precedentemente ammesse, dalla totale abolizione del divorzio. Nel primo caso le azioni pendenti sono rispettate da parecchie legislazioni, e per esempio dalla legge transitoria francese del 26 germinale anno 11 (v. sopra, p. 171), dalla legge transitoria amburghese del 1814 (§ 10, v. Vol. I, pag. 73, in nota), da quella di Brema dello stesso anno (§ 56, *ib.*, pag. 87), e dalla prussiana del 9 settembre pur di quell'anno (§ 10, *ib.*, pag. 92). Non sono rispettate invece dalle tre Ordinanze transitorie annoveresi del 1814 e del 1815 (1ª Ordinanza, § 42; 2ª Ordinanza, § 52; 3ª Ordinanza, § 49, *ib.*, p. 79), dalla oldemburghese del 1814 (§ 25, *ib.*, p. 90), e dalla sassone del 1863 (§ 27, *ib.*, pag. 115). Nel secondo caso non si sono trovati modernamente che pochissimi Stati; l'esempio più memorabile di abolizione del divorzio ce lo porge di certo la già mentovata legge francese dell'8 maggio 1816, e gli articoli 2 e 3 di questa legge convertono tutte le domande e istanze per divorzio in domande e istanze per separazione di letto e di mensa (1).

Analogamente a quanto abbiamo detto poco sopra (p. 161)

(1) « Toutes demandes et instances en divorce pour causes déterminées, sont converties en demandes et instances en séparation de corps; les jugements et arrêts, restés sans exécution par le défaut de prononciation du divorce par l'officier de l'état civil conformément aux articles 227, 264, 265,

Digitized by Google

rispetto alle azioni pendenti di separazione fra coniugi, noi siamo pure d'avviso che le azioni pendenti per conseguire il divorzio perdono ogni effetto, e non si possono più proseguire quando sia stata attuata una legge che abolisca o la causa su cui l'azione si fonda, o il divorzio in generale e per qualunque causa. Noi non crediamo che in linea teorica si possa far distinzione fra questi due casi, perchè ci sembra che le stesse ragioni militino per dare efficacia retroattiva alla legge nuova in entrambi. L'azione pendente nelle materie di stato personale non può, come già abbiamo più volte avvertito, essere paragonata alle azioni pendenti in altre materie, che talvolta possono venir considerate come diritti acquisiti. Imperocchè, mentre ciò noi sappiamo non avverarsi, se non perchè l'azione abbia la sua radice in un diritto acquisito anteriore, oppure perchè l'azione tramuti in diritto quesito una semplice facoltà, i diritti di stato personale non sono quesiti se non eccezionalmente per tutt'altri caratteri e circostanze, e si risolvono sempre nel possesso di un vero e proprio stato personale nei suoi essenziali elementi considerato (v. sopra, pag. 5 e seg., 26 e seg.). La stessa ragione adunque, per la quale, dopo l'attuazione di una legge abolitiva del divorzio, non si può domandare lo scioglimento di un matrimonio conchiuso prima di quell'epoca, è pur quella per cui dopo quell'avvenimento non si può proseguire una domanda di divorzio anteriormente presentata. Ciò che diciamo rispetto al divorzio in generale, deve pur valere rispetto a singole cause di divorzio; la natura della pretesa è la medesima dal canto del subbietto, soltanto rispetto al legislatore l'importanza pratica di far cessare la seconda azione è minore di quella di far cessare la prima, ma ciò non può influire

266 du C. C., sont restreints aux effets de la séparation (art. 2). — Tous actes faits pour parvenir au divorce par consentement mutuel sont annulés; les jugements et arrêts rendus en ce cas, mais non suivis de la prononciation du divorce, sont considérés comme non avenus, conformément à l'article 294 (art. 3) ».

Digitized by Google

sulla natura dei principii da applicarsi all'un caso ed all'altro, perchè gli è appunto fuor della competenza del giudice l'apprezzare quella varia importanza. Si possono del resto approvare quei legislatori i quali, appunto per tal riguardo, mantennero efficacia alle azioni pendenti per una singola causa di divorzio nuovamente abolita.

Sembrano di opinione differente dalla suesposta il Merlin, il Mailher de Chassat, e il Dalloz, i quali, come si vide sopra (pag. 171), riferiscono il contenuto della legge transitoria del 26 germinale anno 11, senza far nessuna riserva rispetto a quella parte di essa in cui si conservano le azioni pendenti per cause di divorzio abolite. A questo fatto noi non diamo una grande importanza, perchè quegli scrittori non hanno addotto alcuna ragione dell'opinione che sembrano avere. Più esplicito è il Kalindero (pag. 62), il quale biasima la surriferita disposizione della legge francese dell'8 maggio 1816, ma siccome egli non adduce altro argomento fuorchè il rispetto delle facoltà di legge che siano state esercitate, così noi stimiamo superfluo il combattere la di lui opinione dopo le cose dette dianzi. Che se al Kalindero sembra soverchio arbitrio quello della legge suddetta, di convertire le istanze per divorzio in istanze per separazione, anche di ciò non possiamo convenire, attesochè in tal caso il diritto minore comprendevasi nel maggiore, e poteva sussistere in seguito alla cessazione di questo (1).

Pronunziato il divorzio, appena si può dire che da questo fatto provengano rapporti giuridici fra le persone prima unite in matrimonio; però il divorzio è anch'esso un fatto giuridico che produce le sue conseguenze. Or si domanda con qual legge si dovranno regolare queste conseguenze?

(1) Non so con qual fondamento il RINTELEN (p. 54) adduca il Savigny tra i fautori dell'opinione da noi qui combattuta. Il relativo passo nel *System* noi non riuscimmo a trovare. Ci è però grato osservare che il RINTELEN (*ib.*) pensa come noi.

Digitized by Google

Analogamente a quanto dicemmo rispetto alla quistione analoga in materia di separazione, e sempre in nome dei principii generali di gius transitorio personale, noi rispondiamo che *gli effetti personali del divorzio, in qualunque tempo pronunziato e sotto qualunque legge, si devono sempre regolare secondo la legge vigente al tempo in cui se ne deve giudicare.* Non è possibile applicare al divorzio principii transitorii differenti da quelli che si applicano al matrimonio, nè la circostanza che il divorzio suol essere pronunziato con sentenza giudiziale può fare ostacolo all'immediata applicazione di qualunque nuova legge che ne concerna gli effetti, perchè noi sappiamo (v. sopra, p. 39, 111 e 169) che la sentenza giudiziale non cambia la natura dei rapporti di stato personale, nè li sottrae all'azione retroattiva di leggi nuove.

Ciò posto, non si può esitare a risolvere affermativamente la quistione trattata dal Dalloz (n. 224), dal Mailher de Chassat (1, pag. 235), e dal Kalindero (pag. 62), se la proibizione che fa l'art. 295 del C. N. ai coniugi divorziati di riunirsi, fosse applicabile ai coniugi che aveano divorziato prima dell'emanazione del C. N., e in virtù della legge 24 settembre 1792, la quale permetteva la riunione. Uno solo però di quegli scrittori, il secondo, è del nostro avviso. Gli altri due sono dell'opinione opposta, e pretendono desumerla dallo spirito della legge. Osserva il Dalloz che, siccome dalle discussioni fatte nel Consiglio di Stato e nel Tribunato (1) risulta che la proibizione conte-

(1) L'oratore del Consiglio di Stato, relatore della legge 25 germinale, anno XI (ap. MAILHER DE CHASSAT, 1, 237), propugnava pure la limitata applicazione dell'art. 295 del C. N. ai soli divorzi futuri, dicendo: che sarebbe grande ingiustizia regolare colla legge nuova i diritti risultanti dalle sentenze che sotto l'impero dell'antica legge pronunziarono il divorzio; che si darebbe alla legge nuova effetto retroattivo; che ad una legge più indulgente non si devono applicare le disposizioni convenienti ad una più severa; che nella fiducia di una riunione permessa dalla legge, i coniugi separati dalle burrasche rivoluzionarie non ricorsero al divorzio che per salvare le loro fortune dalla devastazione; che la morale pubblica respinge l'idea di perpetuare siffatta separazione ».

Digitized by Google

nuta nel citato articolo fu introdotta per temperare in qualche modo la funesta facilità colla quale la legge permetteva il divorzio, così la possibilità della riunione dei coniugi devesi considerare come un complemento essenziale dei divorzi accordati sotto l'impero della legge precedente, e non può quindi essere interdetta a quei divorziati i quali in virtù appunto di quella legge si vorrebbero riunire. Ma a questo ragionamento si può obbiettare che anche il divieto della riunione dei coniugi divorziati non può mancar di avere le sue ragioni di ordine morale e pubblico, ragioni stimate dal legislatore migliori e più potenti di quelle del principio anteriore e contrario; che se cionondimeno la legge nuova non dovesse essere immediatamente applicata, non sarebbe più possibile giustificare nessuna applicazione retroattiva di una legge sullo stato personale, perchè vi si potrebbe sempre opporre un ragionamento analogo a quello del Dalloz. Il Kalindero osserva che, siccome il divieto ai coniugi divorziati di riunirsi, venne introdotto onde distogliere maggiormente dal divorzio, così esso non avrebbe alcuna efficacia e non corrisponderebbe alla intenzione del legislatore, se lo si applicasse ai coniugi diventati tali quando quel divieto non vigeva. Ma neppur questa ci sembra una valida obbiezione. Imperocchè, dato pure che sia quello uno degli scopi del divieto in discorso, lo che il Kalindero non ha dimostrato, non possiamo però accordare che sia lo scopo unico nè il principale; ci sembra invece principale quello di impedire che per via di successivi divorzi e riunioni fra le medesime persone, si snaturi affatto il concetto del matrimonio, e di nome soltanto si distingua dal concubinato (1), il quale scopo vuol certamente essere raggiunto così rispetto ai divorzi accaduti prima, come rispetto a quelli accaduti dopo l'attuazione di quel divieto.

(1) Lo stesso pensiero espresse il Treilhard, il quale, riferendosi appunto a siffatta ipotesi, disse: *on se jouerait du divorce* (v. Dalloz, l. c., n. 225).

Digitized by Google

Neppur difficile ci sembra il risolvere un'altra quistione che attiene agli effetti del divorzio, e che è trattata parimenti dai giureconsulti francesi dianzi nominati; la quistione cioè, se, abolito il divorzio, e abolita la legge che lo accordava alla condizione che i coniugi divorziati non si potessero rimaritare se non con altre persone, sia diventata lecita la riunione di coniugi fra i quali il divorzio fosse stato pronunciato sotto l'impero di quella legge. Egli è bensì vero che la legge abolitiva del divorzio non può togliere efficacia ai divorzi precedentemente pronunziati, i quali sono veri fatti compiuti e irretrattabili, e neppure può essere applicata agli effetti dei medesimi, che siansi anteriormente verificati, ma rispetto a quegli effetti, che in virtù della legge precedente verrebbero a verificarsi dopo l'attuazione della legge abolitiva, ci pare evidente che questa abbia virtù di sospenderli e di renderli impossibili. In altri termini, la legge abolitiva del divorzio impedisce che in base alla legge precedente non solo si accordino nuovi divorzi, ma anche soltanto si attribuiscano a divorzi anteriori nuove conseguenze eventuali, che già non si fossero verificate e consumate sotto l'impero della medesima. Potranno adunque i coniugi divorziati riunirsi fra di loro, dopo l'abolizione del divorzio, quantunque la legge abolita non lo avrebbe permesso, appunto perchè codesto divieto poteva considerarsi come una mera conseguenza eventuale del divorzio, una conseguenza cioè di cui i divorziati non si sarebbero accorti se non quando fosse loro parso conveniente il riunirsi. Dello stesso avviso sono il Dalloz (l. c., n. 225) e il Kalindero (pag. 63), i quali si propongono tale quistione in ordine alla più volte menzionata legge dell'8 maggio 1816. L'uno e l'altro però argomentano principalmente anche questa volta dallo scopo e dall'intenzione del legislatore, il qual modo di ragionare non si può facilmente approvare quando quello scopo manifesto non sia, quale appunto non è, come sopra si vide, lo scopo del divieto ai con-

Digitized by Google

iugi divorziati di riunirsi fra di loro. Il Dalloz ha però aggiunto un altro argomento più fondato, e diremo anche più giuridico, non potersi cioè condannare una retroattività, la quale, al pari di quella in discorso, lungi dal nuocere a qualcuno, ridonda a vantaggio di tutti; ma codesto riflesso, per sè giustissimo, non era qui necessario, attesochè conducono, come vedemmo, allo stesso risultato gli speciali principii del gius transitorio personale. Di contrario avviso è il Mailher de Chassat (1, p. 237), il quale si appoggia principalmente alla ragione addotta dal guardasigilli Peyronnet (*ib.*), al rispetto cioè della legge sotto il cui impero il divorzio è stato pronunziato; argomento codesto, che noi abbiamo appunto combattuto nel sostenere dianzi la tesi contraria.

Non ci pare invece neppur possibile la domanda, se l'abolizione del divorzio lasci sussistere nelle persone divorziate sotto l'impero della legge precedente, il diritto riconosciuto da essa legge di rimaritarsi con altre persone. In vero, come si potrebbe conciliare la risposta negativa col rispetto e colla irretrattabilità dei divorzi pronunziati validamente prima di quella abolizione? Ci fa meraviglia che siffatta opinione non sia stata seguita dal già ricordato ministro Peyronnet in quella stessa occasione in cui sostenne, con qualche apparenza di verità, l'inviolabilità dell'abolita legge sul divorzio rispetto al divieto dei coniugi di riunirsi. Il Peyronnet (*ib.*) addusse per ragione che « la legge francese non permette un secondo matrimonio durante la vita del primo coniuge », ma ciò equivale a dire che la legge francese del 1816 riguarda come non avvenuti i divorzi precedentemente pronunziati, e quindi si risolve in un'asserzione ripugnante ai più saldi principii scientifici (1), e per giunta affatto gratuita. Anche il Dalloz (l. c., n. 226), il Mailher de Chassat (1, pag. 239), e il Kalindero

(1) Pur troppo non contraria alle tendenze del partito a cui apparteneva il Peyronnet, il quale fu ministro con Polignac, e uno degli autori delle ce-

Digitized by Google

(pag. 63) sono unanimi nel combattere siffatta opinione (1). Il nostro avviso concorda pure con una sentenza della Corte di appello di Nancy del 30 maggio 1826 (2).

§ 8.

Dei rapporti fra i genitori e la prole.

I rapporti fra i genitori e la prole sono diritti di quelli verso questa, e reciprocamente. I primi hanno per la maggior parte per iscopo lo stesso bene dei figli, sono facoltà attribuite dalla legge ai genitori, affinchè essi possano adempiere il loro dovere di educare la prole e di metterla in grado di poter bastare a se medesima; alcuni invece sono attribuiti dalla legge ai genitori in ricambio dei benefizi che questi prodigano a quelli. Tanto gli uni quanto gli altri sono governati dai generali principii del gius transitorio personale, e quindi si devono sempre determinare secondo la legge attuale, a meno che includano uno stato o un grado di capacità personale, che secondo quei principii si possa dire acquisito.

Noi ragioneremo di tali rapporti e diritti secondo l'ordine della loro importanza.

lebri Ordinanze di luglio, che tanto contribuirono alla rivoluzione parigina del 1830.

(1) Il Dalloz osserva molto argutamente, confrontando le due opinioni del Peyronnet sulla riunione dei coniugi divorziati, e sul nuovo matrimonio dell'uno o dell'altro dei medesimi con terze persone: « siffatta dottrina, suppone in pari tempo sussistente e sciolto il matrimonio. Se lo si reputa sussistente, si proibisca un secondo matrimonio con altre persone, ma si permetta ai coniugi di riunirsi, e si proclami la legittimità dei figli, che da questa riunione provenissero; chè la finzione procede nei suoi effetti come la verità; se lo si reputa non più sussistente, si permetta ai già coniugi di conchiudere un nuovo matrimonio con altre persone, e non si dica più che la legge francese non permette un secondo matrimonio durante la vita del primo coniuge ».

(2) *Pasicr.*, 2ª ser., *C. d'app.*, Vol. 8, pag. 538.

Digitized by Google

a) *Della legittima e della illegittima procreazione.*

Il primo e il più importante effetto che il matrimonio produce rispetto ai genitori ed alla prole, è certamente la legittimità, stato che sorge quando siansi verificate certe circostanze determinate dalla legge. Queste circostanze consistono in estremi di fatto relativi alla nascita della prole, dai quali la legge fa nascere la presunzione di legittima procreazione, presunzione che dura fintantochè non è combattuta con prove contrarie, da quelle persone, ed in quei modi, e dentro i termini che la legge prestabilisce. Per esempio, le legislazioni sogliono presumere legittimo, cioè concepito durante il matrimonio, il figlio nato non prima di centottanta giorni dalla celebrazione, nè dopo trecento giorni dallo scioglimento o annullamento di esso; permettono però al padre, e in alcuni casi ai di lui eredi, di provare il contrario con certi mezzi di prova, e, rispetto al figlio nato non in costanza del matrimonio, attribuiscono il diritto d'impugnare la presunzione di legittimità a chiunque vi abbia interesse (v. C. C. I., art. 163-169). Or bene, *ogni qualvolta una donna maritata ha partorito, sia in costanza di matrimonio, sia dopo che il matrimonio venne annullato o sciolto, in un tempo non minore del minimo, non maggiore del massimo prestabilito dalla legge vigente, dal momento della nascita la prole possiede lo stato di legittimità, e così pure da quel momento la madre e il marito di essi acquistano lo stato di genitori legittimi.* Quantunque la legge permetta a ciascuna di tali persone, e ad altre ancora, di provare che quello stato loro non appartiene in realtà, ciò nondimeno, fintanto che questa impugnativa non venne intrapresa, lo stato medesimo è acquistato e posseduto.

Questo stato però, e il modo in cui sorge, presentano speciali caratteri, che richiedono la più attenta considerazione.

Digitized by Google

Lo stato di figlio o di genitore legittimo, nascente dal verificarsi gli estremi di una presunzione di legge, è certamente attribuito immediatamente dalla legge, mentre lo stato di coniuge sorge per opera dell'uomo. Non si può dubitare tuttavia che quello stato non sia un diritto acquisito, cioè nell'essenza sua inviolabile da qualunque legge posteriore (v. sopra p. 34). Inoltre lo stato di figlio o di genitore legittimo, nel mentre è acquisito per opera della legge, riposa, come dicemmo, su di una presunzione *juris tantum*, e anche per questo carattere differisce dallo stato di coniuge, e in generale dagli stati personali posti in essere per un fatto dell'uomo. Mentre questi per virtù di certi fatti sono acquistati pienamente e definitivamente, quello invece lo è soltanto fino a tanto che non venga esibita prova contraria da chi ne ha il diritto; mentre rispetto ai primi la fallace opinione della loro esistenza viene distrutta col provare che non si avverarono i fatti coi quali avrebbero dovuto essere acquistati, rispetto al secondo invece la fallace opinione di sua esistenza viene distrutta non solo col dimostrare che in un dato caso non si verificarono i fatti dai quali la legge fa nascere la presunzione di legittimità, ma eziandio, ove l'esistenza di tali fatti non sia contestata, coll'esibire qualcuna delle prove a cui la legge attribuisce virtù di togliere efficacia a quei fatti, cioè la legale presunzione nascente da essi. Poste tali cose, veniamo a considerarne le pratiche conseguenze.

Se ad una legge, la quale presume legittimo il figlio nato dalla moglie non dopo trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio, sottentra un'altra la quale diminuisce il *maximum* della presumibile gestazione, e lo riduce per es. a duecentottanta giorni, questa seconda legge non potrà certamente essere applicata in una contestazione sorta sotto il suo impero intorno alla legittimità di un figlio nato il trecentesimo giorno dopo la morte del marito di sua madre, e sotto l'impero della legge precedente.

Digitized by Google

Ma se i trecento giorni, o in generale un intervallo di tempo non più lungo della massima gestazione presunta dalla legge precedente, ma troppo lungo secondo il disposto della legge nuova, venisse a compiersi sotto l'impero di questa, si dovrebbe anche in tale caso applicare alla prole la presunzione di legittimità nascente dalla legge anteriore? In altri termini, lo stato di legittimità si acquista colla nascita o col solo concepimento?

Colla nascita noi diciamo, e non col solo concepimento, epperò noi riteniamo che nella suaccennata mutazione di legge, la legge nuova debba applicarsi anche ai figli concepiti sotto la legge anteriore. Non è possibile invero raffigurarsi la presunzione della legittimità od illegittimità dei natali, se non come un effetto della nascita e delle circostanze da cui questa è accompagnata. Quella espressione medesima lo dice; egli è unicamente sulle circostanze della nascita che si fonda la presunzione in discorso; questa non ha e non può avere altra base. Ciò ebbe a dichiarare anche la Corte di cassazione di Torino in una sentenza 22 ottobre 1881 (1).

Coloro, e fra gli altri il Kalindero (p. 66), i quali ritengono doversi nella suddetta ipotesi presumere e considerare il figlio come legittimo, ad onta che sia nato sotto l'impero della legge nuova che escluderebbe tale presunzione, sostengono la loro opinione col dire che: « la legge anteriore assicurò a quel figlio il beneficio del concepimento legittimo, sotto la condizione che nascesse dentro i trecento giorni dalla morte del marito ». Codesto argomento non ci soddisfa, perchè ci sembra riposare su di una gratuita asserzione. Invero, come si dimostra che la legge anteriore avesse realmente quella intenzione? Si parla di *beneficio*, altrimenti detto *favor legitimitatis*, ma lo scopo di favorire non è mai un criterio che valga per interpretare le leggi, quando il legislatore medesimo non lo stabi-

(1) *M. T.*, XXII, 1084.

Digitized by Google

lisca, quantunque non si possa negare al legislatore il potere di far leggi di favore per questo o quello scopo, le quali leggi hanno sempre il carattere di leggi eccezionali. Vedremo in seguito come infatti l'anzidetto favore abbia determinato qualche legislatore ad estendere anche ai concepiti qualche diritto di stato personale, che a rigore non avrebbe potuto cominciare che colla nascita. Per conseguenza, ogniqualvolta il legislatore non abbia dichiarato espressamente che la legge intorno alla presunzione di legittimità, sia del parto serotino, sia del parto precoce, debbasi applicare in modo di favorire la prole di cui si tratta, è gratuito l'attribuirgli siffatta intenzione.

Del resto, se il *favor legitimitatis* sembra ad alcuni giureconsulti motivo sufficiente onde applicare nel suesposto caso la legge vigente al tempo del concepimento, anzichè quella vigente al tempo della nascita serotina, è facile comprendere che il medesimo riguardo giustificherebbe l'opinione contraria nel caso inverso. Supponiamo che, vigendo una legge, la quale presume legittimo il figlio nato dalla vedova trecentoquindici giorni dopo lo scioglimento del matrimonio, nasca un figlio da una vedova il cui marito sia morto da più di trecento giorni, ma non trecento quindici giorni prima, e sotto l'impero di una legge che ammetteva quella presunzione soltanto fino a trecento giorni; in questo caso il beneficio o il favore della legittimità vorrebbe che si applicasse a quel figlio la legge vigente al momento della nascita, e non la legge anteriore. Quel criterio adunque, oltre al non essere giuridico, perchè arbitrario, non lo è anche a motivo della varietà delle sue pratiche conseguenze.

Quest'ultimo è realmente il principale difetto dell'opinione che noi combattiamo. Affinchè la medesima contenesse un razionale principio e generale, bisognerebbe che ella si risolvesse nel dare in tutti i casi la preferenza alla legge vigente al tempo del concepimento sulla legge vigente al tempo della nascita. Che se noi poniamo mente allo stesso concetto di « legge vi-

Digitized by Google

gente al tempo del concepimento », contrapposto a quello di « legge vigente al tempo della nascita », scorgiamo una nuova e insuperabile difficoltà contro l'opinione in discorso, nella logica impossibilità da noi additata sopra di quella medesima contrapposizione. Invero, siccome onde presumere che un figlio sia stato veramente concepito per opera del marito della donna da cui è nato, la legge ha riguardo alla distanza di tempo fra la nascita e certi fatti da essa determinati, così non si può, finchè la prole non è nata, parlare, come fanno i nostri avversari, di concepimento avvenuto in un tempo piuttosto che in un altro, sotto l'impero di una, anzichè d'altra legge, senza cadere in una petizione di principio.

Le cose fin qui dette intorno al parto serotino si applicano anche al parto precoce. Se un figlio è nato dentro i centottanta giorni dalla conchiusione del matrimonio, sotto l'impero di una legge che per tal circostanza lo presume legittimo, in qualunque tempo si abbia poi a discutere intorno alla legittimità della sua nascita, non sarà lecito applicare una legge diversa da quella. Che se il figlio è nato prima dei centottanta giorni, e la legge anteriore a quella sotto cui è nato, lo considererebbe legittimo, se fosse ancora in vigore, non si potrà neppure in questo caso applicare la legge anteriore invece dell'attuale, per favorire la legittimità. Il contrario avviso non potrebbe essere sostenuto che colle ragioni da noi già combattute a proposito del parto serotino.

Che se la presunzione di legittimità si regola sempre secondo la legge vigente al tempo della nascita della prole, non si deve però confondere la presunzione medesima coi mezzi di provarla. Come si possa provare che la prole è nata da donna legittimamente coniugata, e fra il centottantesimo giorno dalla conchiusione e il trecentesimo giorno dallo scioglimento del matrimonio, è argomento dello speciale gius transitorio delle prove.

Digitized by Google

Non è poi la presunzione di legittimità *juris et de jure*, ma *juris tantum*, cioè può essere impugnata con prove contrarie. Ed anche il tema della legge da applicarsi a tale impugnativa appartiene al gius transitorio delle prove.

Quantunque il gius transitorio delle prove debba venire da noi ampiamente trattato in altra parte di quest'opera, reputiamo opportuno il distaccare fin d'ora da quella generale trattazione e qui esporre la parte concernente non soltanto lo stato personale di legittimità, ma in genere ogni e qualunque stato personale.

È nostra ferma persuasione, che ampiamente giustificheremo nell'accennata ulterior parte di quest'opera, che le leggi probatorie sono di loro natura generalmente retroattive, cioè applicabili non meno ai fatti accaduti prima della loro attuazione, che a quelli accaduti sotto il loro impero. Quanto alle prove dello stato personale in particolare, noi reputiamo pure che esse *debbono di regola essere condotte secondo la legge vigente, in qualunque tempo siano accaduti i fatti da provare.* Eppure egli è appunto nella materia personale che il principio contrario è più solennemente proclamato da molti giureconsulti, e non v'ha dubbio che il pensiero di questa applicazione conferisce non piccola parte di autorità alla stessa generale dottrina della non retroattività delle leggi probatorie, che trova anche oggi così numerosi partigiani. Quale è il fondamento di quella opinione, quale ne è propriamente il valore scientifico?

Quel fondamento è duplice a parer nostro. Da una parte il riflesso che il grado di facilità o di difficoltà assegnato dal legislatore alla dimostrazione o al disconoscimento dei rapporti di stato personale, non è soltanto determinato da obbiettive considerazioni, cioè dalla reale facilità o difficoltà di scoprire il vero, ma altresì da quegli altri e più elevati riguardi di sociale convenienza, che dominano sovranamente il sistema legislativo dei diritti personali. Onde si conclude che nella ma-

Digitized by Google

teria personale la prova sia, più che in qualunque altra parte del sistema giuridico, strettamente collegata coll'essenza del diritto, e ancor si conclude che le esistenti relazioni giuridiche di quel genere non siano veramente e debitamente rispettate da una legge nuova, ove questa non lasci sussistere anche il sistema delle prove a cui quelle si collegano e si appoggiano. D'altra parte suffraga altresì potentemente l'opinione in discorso, il solito *favore della legittimità*, vago concetto, la cui vaghezza appunto induce alla sistematica osservanza della legge probatoria sotto il cui impero sorse ogni fatto e circostanza che si voglia addurre come prova o come base di presunzione in ogni questione circa la esistenza o la inesistenza dello stato di legittimità.

Che i surriferiti argomenti siano più speciosi che saldi, non è difficile dimostrare.

Quanto al primo, ben si può dire che questo nuoce tanto, quanto sembra giovare all'opinione in esame, cioè che esso ritorcesi facilmente contro i partigiani della medesima. E di vero, ammesso pure, e noi ne conveniamo appieno, che il sistema probatorio in materia di stato personale sia dominato dagli stessi riguardi di convenienza morale a cui si ispira il sistema dei diritti materiali delle persone in ogni civile legislazione, ne consegue manifestamente che, modificandosi in qualunque guisa le idee del legislatore intorno a quei riguardi di convenienza, sia che queste modificazioni ne abbiano prodotto di corrispondenti nel sistema dei diritti personali e in quello delle prove relative, o sia che ne abbiano prodotto soltanto in quest'ultimo, in ambedue i casi la nuova legge probatoria deve essere applicata immediatamente e universalmente, per le stesse ragioni e nel modo stesso per cui in quella guisa vengono applicate e diconsi retroattive tutte le nuove leggi in materia di diritti personali. Sarà egli possibile che le leggi probatorie in tal materia vengano rappresentate poco meno

Digitized by Google

che come leggi personali esse pure, e poi si neghi, rispetto alle prime, un principio certissimo rispetto alle seconde, proveniente appunto da quella loro speciale natura? La parificazione di quei due ordini di leggi adunque non può logicamente fornire che un motivo di più onde accettare la tanto combattuta tesi della retroattività delle nuove leggi probatorie in materia personale. Dico un motivo di più, e per verità non necessario e neppure il più proprio. A parer nostro il miglior fondamento di quella tesi risiede nella razionale necessità della medesima, in virtù, e soltanto in virtù della speciale natura delle leggi probatorie in qualsivoglia argomento di diritto. Imperocchè per quanto non si possa negare che nell'ordinare il sistema delle prove in materia personale, il legislatore sia guidato non solamente dal riguardo alla verità, ma eziandio da riguardi di altro genere, pur nondimeno non si può asserire che le prime considerazioni non siano le principali e veramente motrici, senza di che neppure si potrebbe propriamente discorrere di leggi *probatorie* in quella materia, come in nessun'altra. Quanto al così detto *favore della legittimità*, nessuno vorrà tacciarci di temerità se noi gli neghiamo valore di criterio giuridico non meno in materia di prova che in qualunque altra, argomentando anche soltanto dalla vaghezza di quel concetto, e dalla incompatibilità fra i due concetti di diritto e di favore. La sola plausibile maniera di intendere e di applicare quel preteso canone, è quella di tener saldo e impregiudicato lo stato legittimo in chi lo ha una volta debitamente acquistato, ma questo principio, valevole nelle questioni probatorie come in tutte le altre, e non nelle sole questioni transitorie, ma anche nella generale applicazione delle leggi concernenti lo stato legittimo a casi posti sotto il loro impero, non può maggiormente contraddire al canone della retroattività delle nuove leggi probatorie in materia di stato personale, di quello che il generale rispetto dei diritti quesiti contraddica

Digitized by Google

alla generale dottrina della retroattività delle nuove leggi probatorie in nessun'altra parte del sistema giuridico.

Ciò che vi ha di speciale nel sistema delle prove in materia di stato personale, è a nostro avviso soltanto la circostanza che in quella materia, a differenza di tutte le altre, non rade volte il fatto medesimo, o la serie di fatti da cui si argomentano date qualità e relazioni personali, costituiscono uno stato personale, si immedesimano con questo. Così, per es., l'atto di nascita, il possesso, costituiscono di per sè soli, generalmente parlando, uno stato personale, cioè una condizione personale di fatto, che è qualcosa di ancor più concreto, che non sogliano essere in altre materie le prove *precostituite* nella eventualità di una futura contestazione. Ma quella peculiarità non arricchisce di nessuno speciale principio la dottrina delle nuove leggi probatorie, nè deroga in nulla ai generali canoni della medesima, applicati ai diritti personali. Quei fatti della vita personale, che sono in pari tempo condizioni o stati di persone e prove di queste medesime condizioni e stati, non cessano di essere vere e proprie prove *precostituite*, epperò prove da giudicarsi esclusivamente secondo la legge sotto il cui impero vennero poste in essere, in virtù di un canone generale del diritto probatorio, che noi svolgeremo e giustificheremo a suo luogo. Soltanto si può dire che nella materia personale, il rispetto dei diritti quesiti e quello delle prove precostituite coincidono molte volte e si confondono insieme, la qual cosa non ha riscontro nelle altre parti del sistema del diritto. Ond'è che se, per es., venisse abolito in Italia l'art. 173 dell'attuale Codice civile, e permessa la libera impugnativa dello stato di legittimità, quantunque basata contemporaneamente sull'atto di nascita e sul conforme possesso, coloro i quali al momento di quell'abolizione si trovassero nel caso da quell'articolo configurato potrebbero opporsi all'azione retroattiva della nuova legge probatoria, tanto

Digitized by Google

coll'asserire di essere in possesso di un vero e proprio diritto quesito di stato personale, inviolabile, quanto coll'asserire che le prove precostituite, dell'atto di nascita e del possesso conforme a quell'atto, non possono, nè disgiuntamente nè unitamente, venire apprezzate con legge diversa da quella sotto il cui impero vennero poste in essere; cioè tanto coll'allegare un diritto quesito di stato personale, quanto coll'allegare un diritto quesito alla prova. In altri termini, *in materia di prova e di impugnativa tanto della legittimità quanto di ogni altro stato personale, la legge da applicarsi è quella vigente nel tempo in cui la prova viene esibita, a meno che nella persona di cui si tratta siansi avverate sotto l'impero di una legge anteriore circostanze di fatto, le quali, a termini di essa legge, erano in pari tempo prove precostituite dello stato personale in quistione, ed elementi del medesimo.*

Ma in tutti i casi nei quali l'applicazione di una nuova legge probatoria non disconosce nè una prova precostituita, nè uno stato personale precedentemente acquistato, in tutti quei non pochi casi nei quali si tratta di nuove regole probatorie dettate unicamente per norma dei giudici, e i cui obbietti non hanno nessuna colleganza con atti e fatti preordinati e costituiti prima onde porre in essere e comprovare uno stato personale, la legge nuova deve essere retroattivamente applicata, cioè a tutti i casi non decisi, a qualunque epoca i medesimi appartengano. Se p. es. venisse in uno Stato introdotta per la prima volta la regola: *pater est quem justae nuptiae demonstrant*, chi vorrebbe seriamente sostenere che siffatto elemento della prova o dell'impugnativa della legittimità non si dovesse applicare anche ai matrimoni già posti in essere ed alla prole già nata dai medesimi? Ma per converso, introdotto in Francia colla legge 6 dicembre 1850, in Italia coll'articolo 163 del Codice civile, il principio che il marito possa impugnare la legittimità del figlio nato fra il limite minimo e il massimo della gestazione

Digitized by Google

dalla moglie dopo la legale separazione, non lo si è potuto certamente applicare alla prole nata fra tali circostanze prima della attuazione della legge nuova.

Concorda pienamente coll'esposta dottrina la sentenza del 18 aprile 1873 della Corte d'appello di Milano, la quale dichiarò applicarsi anche a prole nata prima dell'attuazione del Codice civile italiano gli art. 173, 174 di questo Codice circa la prova della legittimità in difetto della ordinaria presunzione della medesima (1).

Non è però a confondersi col tema dei modi di provare o di impugnare sia lo stato di legittimità, sia qualunque altro stato personale, l'altro ben diverso della ammissibilità o meno di tale prova o impugnativa, per se medesima e astratta considerata. Il qual secondo tema non può veramente in pratica riferirsi ad altri casi fuorchè a quello del possibile divieto della prova della naturale paternità e a quello del possibile divieto della impugnativa della legittimità, acquistata in date circostanze. Del primo caso tratteremo più volte nel discorso della parentela illegittima, il secondo vuol essere nella presente occasione considerato.

In taluni casi la impugnativa della legittimità è vietata dalle leggi; per es. dall'art. 173 del Codice civile italiano è vietata allorquando la legittimità è comprovata dalla nascita e dal conforme possesso di stato. Se ora domandasi quale efficacia abbia un simile divieto rispetto a matrimoni posti in essere e a prole nata dai medesimi prima della sua attuazione, noi non esitiamo a rispondere che quel divieto ha efficacia retroattiva, cioè si applica anche a quei matrimoni e a quella prole. Ciò in virtù del generale principio della retroattività delle leggi di stato personale, e del non potere la prole, nata vigendo la legge precedente, accampare un diritto quesito contro l'applicazione della legge nuova. Imperocchè non potrebbe quella

(1) *M. T.*, XIV, 442.

Digitized by Google

prole allegare diritto quesito a provare la propria figliazione naturale in luogo della legittima, essendo quello uno stato personale meno vantaggioso (v. sopra pag. 34), nè ricaverebbe alcun maggior vantaggio da far valere una figliazione legittima diversa da quella apparente, oltrecchè in ambedue i casi la sua pretesa apparirebbe gravemente immorale, in ragione del grave scandalo da cui sarebbe accompagnata (vedi Parte I, p. 330). E in tale senso giudicarono anche la Corte d'appello di Roma con sentenza 16 novembre 1878 (1), e la Corte di cassazione di Roma, con sentenza 28 giugno 1879 (2), entrambe nella celebre causa Lambertini - Antonelli (3).

Rispetto alle altre norme non propriamente probatorie, relative all'impugnativa della presunzione di legittimità, non ci può essere dubbio che devono essere desunte del pari dalla legge vigente quando la prova viene esibita. Ciò dicasi, per es., della determinazione delle persone, a cui spetta il diritto di quella impugnativa, e ai termini dentro i quali la medesima deve essere sollevata. Soccorre qui anche un generale canone di procedura, che noi svolgeremo pure in altra parte di quest'opera. Il Merlin insegna invece (l. c., art. VII, 1, p. 234) che in tali argomenti la legge nuova non può rendere più difficile la prova della figliazione di quello che lo fosse al momento in cui si acquistò lo stato di figlio, cioè al momento della nascita, la quale dottrina è stata accettata generalmente dai giureconsulti francesi, come attesta anche il Pinto (pag. 144). Ma quel dare al giudice la facoltà di scegliere o la legge del tempo della nascita od una legge posteriore, secondo il maggior vantaggio della prole, non ci pare un principio giuridico, nè un principio determinato, più che non ci sia parso nell'argomento della

(1) *A. G.*, 1878, III, 429.

(2) Ib., 1879, I, 429.

(3) Intorno a questa celebre causa vedi le mie due Memorie col titolo *In causa Lambertini - Antonelli*, state pubblicate l'una a Firenze, 1878, Nicolai, l'altra a Pisa, 1882, Nistri.

Digitized by Google

prova diretta della legittimità. E se il Merlin adduce a questo proposito il solito favore della legittimità, anche a lui si indirizzano le censure che noi abbiamo già fatte poco sopra di tale argomento.

Abbiamo fin qui considerato la figliazione legittima, supponendo che non vi sia contestazione intorno alla validità del matrimonio, del quale la si considera come un effetto. Se il matrimonio non fosse stato validamente conchiuso, la prole nata dalla moglie nelle condizioni dalle quali proviene la presunzione della legittimità, si dovrebbe ancora riputar legittima od illegittima secondo il disposto della legge vigente al momento della nascita. Se quindi, per es., questa legge disponeva che i figli presunti nati da un tale matrimonio dovessero essere legittimi, ove appena uno dei coniugi avesse ignorato l'esistenza della causa di invalidità al momento della conchiusione del matrimonio, ma posteriormente fosse stata emanata una legge la quale esigesse a tal uopo la buona fede di ambedue i genitori, questa legge non potrebbe essere invocata per contestare la legittimità di quei figli. Imperocchè anche i requisiti del matrimonio da cui è nata la prole si possono considerare come circostanze ed estremi della nascita medesima.

Che se mancasse affatto l'ordinario fondamento della presunzione di legittimità, non essendoci prova di conchiuso matrimonio, o venendo la procreazione del matrimonio impugnata per titolo di supposizione di parto, le prove ammissibili in tal caso onde dimostrare la legittimità dovrannosi desumere dalla legge vigente quando la contestazione viene sollevata. Ciò in virtù dei generali principii esposti sopra intorno alla prova dello stato personale. Non è dubbio quindi per noi che l'art. 174 del Codice civile italiano, concernente appunto quella ipotesi, debbasi applicare non meno ai casi accaduti prima, che a quelli accaduti dopo la sua attuazione.

Digitized by Google

b) *Della patria podestà e della emancipazione dalla patria podestà.*

Tutti quei diritti i quali competono ai genitori in confronto dei figli, in conseguenza di legittimo matrimonio, considerati complessivamente, costituiscono la patria podestà.

La patria podestà è un diritto attribuito immediatamente dalla legge ai genitori legittimi in occasione e al momento della nascita della prole. Imperocchè, sebbene la nascita della prole sia un effetto voluto e prodotto dai genitori, essa dipende però principalmente eziandio dal concorso di naturali circostanze e condizioni, le quali non si possono volontariamente produrre, nè tampoco si possono esattamente assegnare. Non è però la patria podestà un vero diritto acquisito personale di chi lo abbia legalmente conseguito, imperocchè non è un diritto introdotto a vantaggio dei genitori, ma piuttosto è un ufficio ad essi attribuito a pro dei figliuoli ed a vantaggio dell'umana società. Soltanto nei primordi dell'incivilimento, quando la famiglia teneva luogo dello Stato, ed anche nell'interno della famiglia il diritto confondevasi colla forza, la podestà patria era una specie di dominio del padre sui figli; nelle società moderne e cristiane ogni potere di una persona su altre riguardasi unicamente come una autorità delegata al fine di proteggere altrui.

Non essendo la patria podestà un vero e proprio diritto acquisito di chi ne è rivestito, ne consegue che *ogni nuova legge intorno alla patria podestà si deve applicare non solo a coloro che ne verranno rivestiti in avvenire, ma anche a coloro che già lo sono al momento in cui la legge viene attuata.*

Questo principio è generalmente ammesso dagli scrittori, e, fra gli altri, dal Blondeau (l. c.), dal Bauer (pag. 41), dallo Struve (pag. 263), dal Meyer (pag. 54), dal Chabot de l'Allier

Digitized by Google

(Vol. I, pag. 29, 40), dal Merlin (l. c., pag. 236), dal Savigny (pag. 500), dall'Unger (pag. 142), dal Dalloz (l. c., n. 234), dal Mailher de Chassat (1, pag. 243, 248), dal Demolombe (n. 43) (1), dal Grandmanche de Beaulieu (pag. 53), dal Theodosiades (pag. 54), e dal Mazzoni (l. c., pag. 43). Il solo Herrestorff si mostra anche in questa occasione del tutto ignaro dei veri principii su cui riposa il diritto transitorio personale. Egli sostiene (pag. 224) che la patria podestà, una volta acquistata, non si possa più perdere se non per motivi contenuti nella legge sotto il cui impero ebbe origine, e adduce come argomenti la L. 24, C. *De agric.*, congiunta colla Nov. 54, *praef.* e *cap.* 1. Ma in questi passi di legge si ragiona della condizione personale in genere di certe persone, e non della patria podestà in particolare, e quantunque vi sia detto non applicarsi retroattivamente una legge che migliora la condizione di quelle persone (2), questa disposizione però non può prevalere alle gravi ragioni su cui si basa l'opposto principio, fondamentale nella teorica del gius transitorio personale, e rimane del tutto e solamente positiva.

Onde applicare opportunamente il canone esposto dianzi noi distingueremo coll' Unger (l. c.) e con altri, l'origine, la estensione o gli effetti, e la cessazione della patria podestà.

1) *Dell'origine della patria podestà.*

In generale si può dire: che *la legge attributiva della patria podestà a certe persone costituite in determinate condizioni, si applica immediatamente a tutti coloro i quali al momento in*

(1) Il Demolombe osserva giustamente che la patria podestà non si può considerare come un effetto essenziale del matrimonio, cui si debba applicare la legge vigente al tempo del matrimonio. Questa osservazione coincide coi nostri principii generali intorno al diritto transitorio personale (v. sopra pag. 34)

(2) La legge che i nati dal matrimonio di un *adscriptitius* con una donna libera siano liberi essi pure.

Digitized by Google

cui la legge entra in vigore si trovano in tali condizioni. Tutti gli scrittori citati poc'anzi professano codesta opinione. Noi soggiungeremo però subito che: *la precedente regola non può applicarsi ogniqualvolta vi si opponga un diritto acquisito personale di altri individui sui quali la patria podestà dovrebbe essere esercitata.* Veniamo ad alcune applicazioni.

Se, per ipotesi, la legge di uno Stato non accordasse al padre la podestà patria sui figli legittimi, non v'ha dubbio che, venendovi tale podestà introdotta, ogni padre si troverebbe *ipso jure* rivestito di tale potere. Siffatta ipotesi si è verificata in una provincia di Francia, cioè in quella di Senlis, al momento della introduzione del C. N. La consuetudine di Senlis non ammetteva podestà patria: *puissance paternelle n'a lieu.* Quando entrò in vigore il C. N., il quale attribuisce la podestà patria ad ambedue i genitori, non v'ha dubbio che ne furono immediatamente rivestiti i genitori prima sottoposti a quella consuetudine. Il Merlin fu dapprincipio dell'opposto avviso (v. *Rép.*, *Puiss. patern.*, sect. 7, n. 2), ma poi mutò sentenza (v. *Rép.*, *Eff. rétr.*, pag. 236), e per ottime ragioni. Imperocchè, egli dice benissimo, la legge ha sempre il potere di regolare, come le sembra meglio, i doveri dei figli verso i genitori; che se non si può negare che in tal maniera la condizione dei figli nati sotto l'impero della consuetudine di Senlis è diventata meno vantaggiosa, questo peggioramento però non implica la violazione di un diritto acquisito, non essendo tale quello stato di emancipazione in cui i medesimi erano stati posti dalla legge sotto cui erano nati. Questa del Merlin è veramente un'ottima argomentazione; imperocchè noi pure, fra i fondamentali principii della dottrina della retroattività, abbiamo posto quello dell'essere il diritto quesito una determinazione o modificazione dell'individualità umana, quale essa è al principio suo, per il solo fatto della nascita (v. Vol. I, pag. 208). — Per converso, una legge nuova, la quale abolisce la patria podestà

Digitized by Google

in un caso in cui una legge anteriore l'ammetteva, avrebbe l'effetto di far immediatamente cessare ogni podestà siffatta, costituita sotto la seconda legge. Ciò ebbe anche a ritenere la Corte di cassazione di Torino in una sentenza 23 maggio 1882 (1), dichiarando cessata coll'attuazione del Codice albertino la patria podestà dell'avo sui nipoti, ammessa dall'anteriore diritto piemontese.

Introdotta una legge, la quale, come il C. N. (art. 372) e il Codice civile italiano (art. 220), attribuisce anche alla madre la patria podestà, non v' ha dubbio che ogni madre, di cui sia vivo il marito, viene ad essere immediatamente rivestita di tale prerogativa.

Che se una legge nuova attribuisce la patria podestà alla madre vedova, assumeranno tale podestà quelle vedove le quali pel diritto anteriore avevano soltanto una podestà tutoria sui loro figli minorenni? Questa quistione è già stata discussa molte volte davanti ai tribunali italiani, perchè il C. C. I. non solo attribuisce ad ambedue i genitori durante il matrimonio la patria podestà sui loro figli, come gliela attribuisce il C. N., ma, a differenza di questo Codice, l'attribuisce eziandio (articolo 220) a qualunque dei genitori rimanga superstite all'altro. Essa non è però che un esempio pratico di una quistione più generale, se cioè un nuovo caso di patria podestà, introdotto dalla legge nuova, debbasi applicare anche a quei genitori, i cui figli minorenni in virtù della legge anteriore fossero in qualunque modo usciti dalla patria podestà. Di questo argomento passiamo ora a ragionare.

L'uscita dalla patria podestà, l'emancipazione dalla medesima, nel significato più generale di questa espressione, può avere in concreto due aspetti differenti, secondochè *a*) il minorenne acquisti uno stato di maggior libertà, come per es.

(1) *M. T.* 1882, 775.

Digitized by Google

lo stato di minore emancipato, giusta il proprio significato di questa espressione nelle legislazioni moderne, oppure *b*) non acquisti una libertà maggiore, rimanga sotto l'autorità di un genitore superstite, costituito in semplice tutore, o di altro tutore qualunque.

Nella prima ipotesi l'investigazione dell'effetto retroattivo di una legge che in un dato caso non ammette l'emancipazione dalla patria podestà, è analoga a quella da noi già fatta in un capitolo anteriore (v. sopra pag. 76 e seg.) intorno alla emancipazione dalla tutela. Vale rispetto alla prima tutto ciò che noi abbiamo detto rispetto alla seconda, sia circa lo stato attuale della quistione e alle differenti opinioni e ragioni addotte intorno alla medesima, sia circa la soluzione che a noi sembra migliore. Infatti gli scrittori del diritto transitorio personale sogliono trattare della emancipazione dei minorenni in generale, avendo di mira contemporaneamente l'emancipazione dalla tutela e quella dalla patria podestà. Del resto ciò che noi abbiamo detto dianzi è pure conseguenza del principio generale da noi esposto (p. 80) intorno alla natura giuridica dello stato di emancipazione in generale, intendendo quella emancipazione che conferisce al minorenne maggior libertà, cioè un grado di civile dignità che prima non aveva.

Anche parecchie legislazioni positive, fra le quali l'Ordinanza transitoria di Brema del 1814 (§§ 5-6; v. Vol. I, pag. 84 in nota), l'oldemburghese dello stesso anno (§ 3, *ib.*, pag. 87 in nota), la Patente transitoria sarda del 1837 (articolo 4; *ib.*, pag. 100 in nota), e la legge transitoria civile italiana del 1865 (art. 9; pag. 115 in nota), dichiarano intangibile lo stato dei minorenni usciti dalla patria podestà senza cadere sotto l'autorità di un tutore.

La seconda ipotesi è connessa esclusivamente coll'istituto della patria podestà, attesochè il tutore in nessuna legislazione può mutar posizione di fronte al pupillo, mentre il genitore

Digitized by Google

superstite può in talune legislazioni tramutarsi in semplice tutore. Ciò nondimeno anche in questo argomento la quistione transitoria: se in virtù di una legge nuova si possano far ritornare sotto la patria podestà quei minorenni i quali in virtù della precedente legislazione si trovavano sotto la semplice autorità tutoria di un genitore superstite, si risolve nel determinare se quei minorenni abbiano o non abbiano un diritto acquisito, che li sottragga all'applicazione della legge nuova. Prima di esporre il nostro avviso in proposito, vogliamo investigare lo stato attuale della quistione.

Nella giurisprudenza francese mancò l'occazione di discutere se i figli sottoposti all'autorità tutoria del genitore superstite potessero ricadere in virtù di una legge nuova sotto la patria podestà dello stesso genitore. Imperocchè il C. N. non accorda al genitore superstite, sia questi il padre o sia la madre, altra autorità sui figli, fuorchè la tutoria. Argomentando però da quistioni affini alla presente, noi dobbiamo ritenere che quei giureconsulti e quei tribunali francesi, i quali vedemmo sopra (pag. 80 e seg.) opinare che i figli liberati dalla tutela per aver raggiunta la pubertà, secondo il disposto di alcune consuetudini anteriori al C. N., dovessero ricadere sotto la tutela della madre in virtù di quel Codice, a più forte ragione avrebbero attribuito, senza esitazione alcuna, forza retroattiva ad una legge la quale avesse trasformato l'autorità tutoria del genitore superstite in podestà patria, essendo molto meno svantaggioso in questo secondo caso, che nel primo, il cambiamento introdotto nella condizione giuridica del minorenne. Quegli scrittori e quei tribunali invece i quali non giudicarono ricaduti sotto la tutela del genitore superstite i figli già emancipati dalla podestà tutoria del medesimo in virtù della pubertà, adducendo il motivo che le facoltà congiunte con quella emancipazione non possono più essere tolte senza ingiustizia, oppure applicando il noto principio francese che soltanto le leggi

Digitized by Google

personali favorevoli possono retroagire, avrebbero potuto esitare ed anche dividersi in contrarie sentenze nel decidere la quistione attuale, secondochè avessero scorto o no nella condizione giuridica del figlio sottoposto alla podestà tutoria del genitore superstite qualche vantaggio, che senza violare un diritto acquisito non avrebbe potuto essergli tolto col ripristinare la podestà patria di quel genitore. Il solo Chabot de l'Allier tra i francesi ammise l'effetto retroattivo di cui andiamo ragionando, avendo dichiarato (1, pag. 39, 40) in termini generali ed astratti che qualunque persona uscita dalla patria podestà vi può essere fatta rientrare da una legge nuova.

In Italia lo stesso legislatore il quale attribuì alla madre vedova, del pari che al padre vedovo, la podestà patria, sembra avere anche statuito che questa legge si debba applicare immediatamente alle madri vedove, le quali secondo le anteriori legislazioni erano semplicemente tutrici dei loro figli. Imperocchè l'articolo 9 delle disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile italiano dispone che: « i minorenni di ventun anno, i quali non trovansi in istato di legale o volontaria emancipazione, sono soggetti alla patria podestà o alla tutela giusta le disposizioni di detto Codice ». Ora può facilmente ritenersi che l'emancipazione di cui si ragiona nel citato articolo sia quella propriamente detta, in virtù della quale il minorenne non può più cadere nello stato di tutela. Sul fondamento appunto di quell'articolo, in tal modo interpretato, parecchie decisioni di tribunali italiani dichiararono rivestite della podestà patria le madri vedove che prima erano semplici tutrici dei loro figli, che non si trovassero già costituiti in istato di legale o volontaria emancipazione. Tali furono le decisioni: della Corte di cassazione di Firenze del 29 novembre 1866 (1), della Cassazione di Torino, 18 luglio 1866 (2), della Corte

(1) *Annali della Giurispr. Ital.*, Vol. I, parte 1, pag. 54.
(2) *M. T.* 1866, 774.

Digitized by Google

d'appello di Modena del 28 dicembre 1866 (1), della Corte d'appello di Milano del 3 febbraio 1867 (2), della Corte d'appello di Casale del 23 marzo 1866 (3). E in virtù dello stesso generale principio dell'applicazione immediata della nuova legge intorno alla patria podestà della madre, la giurisprudenza nostra ritenne altresì: aver perso ogni vigore, coll'attuazione del Codice civile italiano, la nomina già eseguita in virtù del testamento paterno, di una persona, alla quale i figli siano affidati per la educazione, con esclusione della madre; Cassazione di Firenze, 15 marzo 1875 (4); — cessare del pari dall'ufficio loro i *consulenti*, per avventura imposti alla madre dal testamento paterno, per l'amministrazione dei beni dei figli minorenni; Corte di Casale, 17 dicembre 1872 (5); — rimanere invece in ufficio per la sola amministrazione dei beni dei figli minorenni il contutore nominato alla vedova superstite dal padre predefunto; Corte di Modena, 28 dicembre 1866 (6); — non doversi deferire al consiglio di famiglia le contestazioni insorte dopo l'attuazione del nuovo Codice civile, fra la vedova e l'amministratore dei beni dei figli, nominato prima dal padre nel suo testamento, e rimasto in ufficio, ma doverlesi deferire al tribunale; Corte di Milano, 28 marzo 1868 (7); — non

(1) *Ib.*, parte 2ª, pag. 81.

(2) *Ib.*, pag. 218.

(3) V. il Giornale *La Giurisprudenza*, anno V, pag. 385. Soltanto la Corte d'Appello di Modena nella citata sentenza non stimò superfluo il premettere alla sua decisione il solito vaghissimo principio dell'ordine pubblico: « considerando che le leggi relative allo stato delle persone, siccome d'ordine pubblico, al momento della loro attuazione obbligano tutti, e conferiscono dei diritti, i quali, non essendo di durata maggiore di quella della legge medesima di cui seguono la sorte, possono essere modificati e aboliti qualora venga a modificarsi o ad abolirsi la legge che li conferì ». Il Mazzoni (p. 44) ammette pure l'effetto retroattivo dell'ultimo capov. dell'art. 220 del C. C. I.

(4) *A. G.*, IX, I, 211; contro: Corte d'app. di Roma, 23 agosto 1872 (*G. I.*, XXIV, 2, 597, e XXV, 2, 759).

(5) *Gazz. dei Trib.* di Genova, XXIV, I, 813.

(6) *A. G.*, I, 2, 81.

(7) *G.*, V, 512.

Digitized by Google

potere neppure il tutore nominato nel testamento del padre, continuare, dopo l'attuazione del Codice civile, la rappresentanza dei figli minorenni nelle liti pendenti fra questi e la madre vedova, ma dovervisi sostituire un curatore speciale a termini di quel Codice; Corte di Milano, 3 febbraio 1867 (1); — dovere però la madre vedova di figli minorenni, investita della patria podestà dal giorno dell'attuazione del nuovo Codice civile, se rimaritata in quell'epoca, convocare il consiglio di famiglia a sensi dell'articolo 237 di quel Codice; Corte di Casale, 23 marzo 1868 (2), e Corte di Lucca, 26 agosto 1870 (3). — Ed anche ritenne la giurisprudenza nostra non essere mestieri di giudiziale sentenza onde costituire la madre vedova nella patria podestà attribuitale dal Codice civile, ma doversi invece reputare decaduti *ipso jure* e *ipso facto* nel giorno dell'attuazione di quel Codice, i tutori dei figli minorenni, entrati legalmente in funzione dopo la morte del padre; Cassazione di Firenze, 29 novembre 1866 (4), e la sentenza del giudice essere in tal caso necessaria soltanto ove il tutore sia stato giudizialmente sostituito alla madre medesima, già investita della tutela dei figli minorenni, per titolo di mala amministrazione, od altro consimile; Corte di Torino, 9 luglio 1867 (5).

Se noi ora consideriamo la quistione colla scorta dei principii fondamentali del gius transitorio personale, scorgiamo anzitutto che l'ammissibilità o meno della trasformazione dell'autorità tutoria del genitore superstite in podestà patria sui propri figli, dipende dal potersi o no riscontrare nell'anterior passaggio dalla patria podestà alla tutela un acquisto di qualche vantaggio, che or dovesse, ma giustamente non potesse,

(1) *A. G.*, I, 2, 218.
(2) *G.*, V, 384.
(3) *M. T.*, XII, 717.
(4) *A. G.* I, 2, 218.
(5) *G.*, IV, 524.

Digitized by Google

andar perduto pel ritorno dalla tutela alla podestà patria. Imperocchè noi sappiamo (v. sopra pag. 34) che i diritti acquisiti personali sono vantaggiose condizioni personali legittimamente acquistate, e che perciò non possono più essere tolte; sappiamo altresì che lo stato di persona sottoposta ad un'altra non può essere peggiorato col pretesto che lo scopo ultimo di ciò sia il miglior bene della persona stessa, quando lo stato sia provenuto da fatti preordinati dalla legge onde alleviare una condizione personale anteriore ancor meno vantaggiosa (v. sopra pag. 34 i. f., 38, 85, 104).

Noi abbiamo già affermato in una precedente occasione (v. sopra pag. 86) che lo stato di minorenne sottoposto a tutela è meno svantaggioso di quello di minorenne sottoposto alla patria podestà, pel motivo che il secondo ha minori diritti del primo. Invero la tutela per regola generale non attribuisce al tutore quel diritto all'usufrutto sul patrimonio avventizio del minorenne, che in quasi tutte le legislazioni è un attributo di chi ha la patria podestà. È questa la principale differenza fra quei due stati del minorenne, imperocchè rispetto alla condizione propriamente personale del medesimo, cioè alle limitazioni della sua capacità giuridica, non vi hanno sostanziali differenze fra l'uno stato e l'altro. Diremo noi dunque per quella sola circostanza, che il passaggio dalla sottoposizione alla podestà patria, allo stato di pupillo, sia propriamente un mutamento introdotto dalla legge a vantaggio del minorenne, e quindi un vero e proprio acquisto di una condizione personale irrevocabile?

Per rispondere affermativamente a questa domanda bisognerebbe potere ammettere che l'usufrutto legale spettante a chi ha la patria podestà fosse un elemento essenziale di questa podestà, cosicchè la legge, sottraendo alla medesima una persona, si ritenesse avere avuto principalmente di mira di far godere a questa l'esenzione dall'onere patrimoniale dell'usu-

Digitized by Google

frutto paterno. Imperocchè noi abbiamo stabilito (vedi sopra pag. 32) il principio generale che i diritti di stato personale per dirsi acquisiti devono essere sostanziali allo stato di cui si tratta.

Or bene tale non è propriamente la natura e l'importanza dell'usufrutto legale di chi ha la patria podestà. Di questi due diritti il primo è accessorio al secondo; questo è solo veramente personale, il primo è patrimoniale, e propriamente un mezzo onde esercitare il secondo, e quindi subordinato e secondario al medesimo. Or se il diritto di usufrutto legale non è un essenziale attributo di chi ha la podestà patria, neppure si può dire che la mancanza di quel diritto costituisca una essenziale differenza fra quella podestà e l'autorità tutoria, ed una inferiorità della seconda di fronte alla prima.

Ciò posto, la sostituzione dell'autorità tutoria all'autorità patria può bensì dirsi un miglioramento nella condizione del minorenne, ma non l'acquisto di un vero diritto personale di non ritornare sotto la patria podestà, perchè il vantaggio conseguito con quella prima mutazione non ha i caratteri del diritto acquisito di stato personale, cioè gli manca di essere essenziale allo stato personale di chi è sottoposto alla tutela.

Volendo ora applicare le cose fin qui dette alla trasformazione della patria podestà in podestà tutoria, e al ritorno da questa a quella nella stessa persona di un genitore superstite, noi distinguiamo anzitutto due ipotesi differenti, secondochè l'autorità tutoria del genitore superstite andasse accompagnata dall'usufrutto legale dei beni avventizi del figlio, al pari della patria podestà (1), oppure il genitore tutore non avesse quel diritto più che non l'abbiano gli altri tutori. Nel primo caso

(1) Secondo il C. N., art. 384, il genitore superstite, che è semplice tutore dei figli (art. 390), conserva l'usufrutto legale. Nel Codice albertino soltanto, la madre vedova è semplice tutrice dei figli, ma anch'essa conserva l'usufrutto legale (art. 235).

Digitized by Google

non si potrebbe fare obbiezione nessuna al ritorno del figlio sotto la podestà patria del genitore, imperocchè fra questa podestà e la tutoria non vi sarebbe rispetto al figlio nessuna differenza rilevante, non che essenziale. Nel secondo caso quel ritorno dovrebbe ancora ammettersi, a nostro avviso, perchè, non essendo la sottoposizione a tutela anzichè alla patria podestà un essenziale miglioramento dello stato personale del minorenne, non si può considerare acquisito da questo il diritto di rimanere in tutela dopo la prima cessazione della podestà patria del suo genitore. Il ritorno dalla tutela nella patria podestà si risolve quindi essenzialmente in un modo diverso di attribuire e distribuire l'autorità cui il minorenne è sottoposto, la quale mutazione, affatto estrinseca e formale, noi sappiamo (v. Vol. I, pag. 316) poter sempre il legislatore introdurre nei rapporti giuridici esistenti (1).

Questa opinione riceve conferma, per via di analogia, da alcune decisioni di tribunali francesi, i quali dichiararono sottoposti alla tutela della madre vedova, in virtù del C. N., quei figli i quali al momento dell'attuazione di questo Codice erano sottoposti alla tutela testamentaria, od altra, di terze persone. Imperocchè la tutela anteriore non traeva seco l'usufrutto legale al pari della tutela legale del genitore superstite secondo il C. N. Tali furono le decisioni: della Corte d'appello di Agen

(1) Noi non neghiamo però che anche l'opinione contraria alla nostra possa essere sostenuta, con qualche apparenza di ragione, da chi dissenta da noi nel giudicare l'importanza della esenzione dall'onere dell'usufrutto legale rispetto allo stato personale del minorenne sottoposto alla tutela, anzichè alla patria podestà del genitore. Ed anche di fronte all'art. 9 delle leggi transitorie per l'applicazione del C. C. I. l'opinione contraria alla nostra potrebbe in qualche modo essere propugnata. Bisognerebbe sostenere che l'espressione *emancipazione legale*, usata in quell'articolo, si debba intendere anche nel senso di una emancipazione parziale, quale è contenuta nel passaggio dalla sottoposizione alla podestà patria alla sottoposizione a tutela, almeno rispetto al diritto dell'usufrutto legale spettante a chi è rivestito di quella podestà (Arg. la sentenza della Corte d'appello di Agen, citata nel testo. V. sotto pag. 220).

Digitized by Google

del 7 pratile anno 13 (1); della Corte di cassazione di Parigi dell'8 dicembre 1807 (2), la quale respinse il ricorso contro la prima, e della Corte d'appello di Torino del 6 messidoro anno 13 (3).

Analogamente a quanto dicemmo circa l'immediata applicazione delle leggi che attribuiscono alla madre vedova la patria podestà su figli minorenni, devesi anche ritenere che una legge la quale, come la vigente italiana, attribuisca al padre naturale la tutela sul figlio riconosciuto, ha virtù di fare immediatamente cessare la tutela ad altre persone attribuita rispetto a quei figli dalla legislazione anteriore. E ciò ebbe a dichiarare anche la Corte di Casale in una sentenza 7 febbraio 1868 (4).

2) *Della estensione o degli effetti della patria podestà. Dell'usufrutto legale paterno in particolare.*

Quali diritti competano e quali doveri incumbano al padre, e in generale a chi ha la patria podestà, rispetto ai figli, devesi sempre giudicare secondo la legge attuale, e non già secondo la legge sotto il cui impero fu conchiuso il matrimonio, o surse la podestà medesima. Questo principio, formulato dall'Unger (pag. 142), è pur consentito dalla generalità dei giureconsulti, e sancito da alcune legislazioni positive, fra le quali dalla Ordinanza transitoria amburghese del 1814 (§ 8, v. Vol. I, pagina 72, in nota), e dalle Ordinanze transitorie annoveresi (*ib.*, pag. 80, in nota). Esso dipende da quello ancor più generale che presiede a tutto il diritto transitorio personale, imperocchè, siccome abbiamo già più volte avvertito, la patria podestà, non

(1) *Pasic.*, 1ª ser., *Jur. p. Trib. et d. C. d'app.*, Vol. I, pag. 459.
(2) *Pasic.*, 1ª ser., *Jur. de la C. de Cass.*, Vol. III, pag. 598.
(3) *Pasic.*, 1ª ser., *Jur. d. Trib. et d. C. d'app.*, Vol. I, p. 419.
(4) *G.*, v, 183.

Digitized by Google

essendo introdotta a vantaggio dei genitori, non può mai rivestire il carattere di diritto acquisito.

Molte e facili sono le applicazioni del suesposto principio.

Osservano per esempio giustamente molti giureconsulti, fra i quali il Mazzoni (pag. 44), che il diritto di castigare i figliuoli deve essere sempre esercitato dal padre in quel modo che è consentito dalla legge attuale. Così pure si desumono soltanto da questa legge le attribuzioni di chi ha la patria podestà rispetto all'amministrazione del patrimonio dei figli, e in particolare rispetto agli atti più importanti della medesima. Se per es. in uno Stato nel quale chi ha la patria podestà abbisogna dell'approvazione del tribunale soltanto per certi atti di quell'amministrazione, venisse emanata una legge consimile all'austriaca, la quale parifica pienamente il padre al tutore rispetto alla gestione dei beni dei figli minorenni, non v'ha dubbio che questa legge dovrebbesi immediatamente applicare anche alle persone precedentemente rivestite della podestà patria. Per converso, una legge la quale dispensi chi ha la patria podestà dal richiedere la giudiziale autorizzazione onde muovere lite nell'interesse dei figli, applicasi immediatamente anche alle cause di tal genere già pendenti, rispetto al proseguimento della lite nelle ulteriori istanze. E ciò ebbe a dichiarare la Corte di cassazione di Firenze in una sentenza 2 maggio 1867 (1). — L'educazione dei figli, quantunque presso tutti i popoli civili non dipenda dalla direzione e dal comando delle pubbliche autorità, può ciononondimeno ad ogni istante venir regolata da nuove leggi immediatamente applicabili a tutte le famiglie. Vuolsi però qui osservare che in codesta materia delle leggi sulla educazione dei figli la prudenza legislativa esige talvolta che se ne sospenda l'applicazione rispetto ai matrimoni già conchiusi, non tanto perchè vi si opponga un vero e proprio diritto acquisito, quanto perchè conviene tur-

(1) *A. G.*, I, 1, 237.

Digitized by Google

bare il meno possibile l'ordine delle famiglie. Per questo motivo la legge francese del 19 dicembre 1790 dichiarò applicabile soltanto in avvenire un decreto del 17 agosto di quell'anno concernente la prole nata da matrimoni misti (1). Anche il Bergmann (pag. 261) approva questa legge. — L'obbligo di dotare è pur regolato dalla legge vigente al momento in cui si giudica intorno alla domanda della dote. Ciò dicasi però, intendendo che il matrimonio non sia ancora accaduto; che se il matrimonio è accaduto, l'obbligo di dotare devesi giudicare secondo la legge vigente al tempo del matrimonio, come dispone espressamente la legge transitoria oldemburghese del 1814 (vedi Vol. I, pag. 91, in nota). Anche le Ordinanze transitorie annoveresi del 1814 e 1815 (*ib.*, pag. 80, in nota) seguirono lo stesso principio, disponendo che l'obbligo di dotare le figlie maritate sotto l'impero delle leggi francesi, le quali, come è noto, non ammettono siffatto obbligo, si dovesse giudicare secondo quelle leggi. Che se il padre della sposa è intervenuto nei patti nuziali, il misurare i suoi obblighi nascenti dai patti medesimi, secondo la legge allora vigente, è anche un'applicazione del principio fondamentale (v. Vol. I, pag. 271 e seg.) che tutte le conseguenze dei fatti ed atti giuridici vengono sempre regolate secondo la legge vigente al tempo in cui quelli vennero posti in essere. Ed anche alla stessa conchiusione si viene, applicando i generali principii in materia di diritti acquistati immediatamente per opera della legge (v. Vol. I, p. 253).

(1) *L'assemblée nationale . . . . . considérant que la loi ne peut pas avoir effet rétroactif, décrete que la loi du 1774, concernant les enfants nés et à naître des mariages mixtes entre des catholiques et des protestants, sera exécutée à l'égard des enfans nés et à naître des dits mariages mixtes contractés avant le décret de août, et que les dispositions de ce décret ne seront appliquées qu'aux enfants nés des mariages mixtes contractés depuis cette époque du 17 août* (*Lois civ. interméd. 1*, pag. 75). Osserviamo soltanto che il motivo della ingiusta retroattività fu male a proposito invocato.

Digitized by Google

Più particolareggiato esame merita lo stato delle opinioni intorno all'influenza retroattiva delle leggi nuove circa l'usufrutto legale spettante a chi ha la patria podestà. Riservandoci di ragionare più tardi intorno alla connessione fra la cessazione della patria podestà e quella dell'usufrutto legale, ora considereremo quest'ultimo nel periodo in cui la podestà patria esiste e viene esercitata.

Riguardo fondamentale in codesta materia è l'indole della connessione intercedente fra l'usufrutto legale e la podestà patria. Il Merlin dice benissimo (l. c., pag. 239) che l'uno non è veramente inseparabile dall'altra, e infatti non si spiegherebbe altrimenti come vi fossero legislazioni, per es. l'austriaca, le quali non attribuiscono al padre siffatto diritto, e come la legislazione civile francese ed altre lo attribuisca ad una classe di tutori, cioè a quei padri o a quelle madri che per la morte dell'altro coniuge hanno perduta la patria podestà ed assunta invece la tutela. In altri termini, l'usufrutto legale è un effetto non essenziale della patria podestà. Oltracciò, attesa l'eterogeneità dei diritti sui beni e dei diritti strettamente personali, la connessione fra l'usufrutto legale e la podestà patria, come abbiamo già osservato nella Parte generale di quest'opera (Vol. I, pag. 272), è quella di un accessorio al principale, il primo dei quali, come tutti sanno, segue le sorti del secondo. Per l'una circostanza e per l'altra l'usufrutto legale deve sempre essere regolato secondo la legge attuale, imperocchè noi sappiamo che si regolano appunto così tutti gli effetti non essenziali degli stati personali vantaggiosi, e che per regola generale la patria podestà può essere retroattivamente modificata da leggi nuove. Noi diremo quindi col Weber (pag. 86-87), col Savigny (pag. 503), coll'Unger (pag. 142), e col Duranton (n. 55) che *la legge nuova si applica a tutti i genitori, e ai figli esistenti e ai beni avventizi che questi ultimi posseggono al momento della sua attuazione,*

Digitized by Google

sia che essa introduca per la prima volta, o sia che abolisca l'usufrutto legale, o sia che ne abbrevii o ne prolunghi la durata. Codesto principio è seguìto dalla generalità dei giureconsulti, e da non poche legislazioni. Ora esaminiamo distintamente le singole sue parti.

a) Se l'usufrutto viene introdotto per la prima volta in uno Stato nel quale la patria podestà non comprendeva tal diritto, oppure viene introdotto in un colla stessa podestà patria in uno Stato in cui questa podestà non era ammessa, non v'ha dubbio, come osservano il Merlin (pag. 238), il Dalloz (n. 238), e il Grandmanche de Beaulieu (pag. 53), che dal giorno dell'attuazione di tal legge spetterà il diritto di usufrutto a tutti coloro che hanno la patria podestà, e sui beni dei figli loro che prima ne erano esenti. Anche la legge transitoria estense del 1852 (art. 11, v. Vol. I, pag. 107, in nota) seguì questa massima rispetto all'usufrutto della madre vedova, e la legge transitoria civile italiana del 1865 (art. 11) la seguì quanto all'usufrutto dei genitori in generale, la quale massima ebbe appunto effetto nella sua generalità nelle provincie italiane sottoposte prima alla legislazione austriaca. In tal senso decisero pure la Corte d'appello d'Amiens in una sentenza del 20 agosto 1817 (1), e la Corte di cassazione di Parigi in una sentenza dell'11 maggio 1819 (2) che confermò la prima, le quali due decisioni dichiararono appartenere l'usufrutto legale in virtù del C. N. su tutti i beni dei figli, a quei padri i quali, essendo già tutori al momento dell'attuazione di quel Codice per la morte della moglie e in virtù delle consuetudini dell'Artois e di Boulogne, non aveano però da queste leggi siffatto diritto.

Ma se la legge nuova sottopone i beni dei figli all'usufrutto legale in casi nei quali secondo la legge anteriore esso più non

(1) *Pasic.*, 2 ser., *Jur. de Trib. et d. C. d'app.*, Vol. V, pag. 512.
(2) *Pasic.*, 2 ser., *Jur. de la C. de Cass.*, Vol. IX, pag. 404.

Digitized by Google

sussisterebbe, rinascerà l'usufrutto a vantaggio di coloro i quali lo avessero appunto perduto a termini della legge anteriore?

Noi crediamo doversi qui distinguere due casi. O l'usufrutto viene ristabilito insieme all'autorità patria o tutoria, cui prima i figli sottostavano, oppure viene ristabilito senza che si muti in pari tempo la condizione personale del figlio e l'indole della sua soggezione. Nel primo caso applicansi al ristabilimento dell'usufrutto le cose da noi dette precedentemente circa il ristabilimento della podestà tutoria e della podestà patria, nel secondo caso noi crediamo che l'usufrutto legale deve rinascere senza che si offenda il diritto di nessuno. Per esempio, se la legge nuova dispone che l'usufrutto legale duri fino alla maggior età del figlio, mentre la legge anteriore lo facea cessare quando il figlio avea compiuto i diciott'anni, rinascerà quel diritto in quei genitori i cui figliuoli avessero già compiuto i diciott'anni, ma non fossero ancor maggiorenni secondo la legge nuova al momento in cui questa venne attuata. Ciò dispone anche espressamente la legge transitoria civile italiana del 1865 (art. 11, v. Vol. I, pag. 115 in nota), e disposizioni analoghe trovansi nell'Ordinanza transitoria oldemburghese del 1814 (§ 3, *ib.*, pag. 91, in nota), e in quelle prussiane del 1814 per le province al di là dell'Elba (*ib.*, pagina 92, in nota) e del 1816 per la Prussia occidentale e per Posen (v. Savigny, pag. 504, nota v). Così pure, se la legge nuova attribuisce l'usufrutto legale alla madre vedova e tutrice dei propri figli, la quale in questa qualità non aveva quel diritto in virtù della legge anteriore, o se la legge nuova attribuisce alla madre tutrice la patria podestà, e con questa l'usufrutto che nella precedente sua qualità non aveva sui beni dei figli, nell'un caso e nell'altro rinascerà l'usufrutto legale a carico di tutto il patrimonio di quei figli i quali al momento dell'attuazione della legge nuova erano ancor sottoposti alla autorità della madre, ed erano diventati esenti dall'usufrutto

Digitized by Google

per la morte del padre avvenuta sotto l'impero della legge precedente.

Le precedenti soluzioni sono pur generalmente ammesse dai giureconsulti, ma ebbero cionondimeno qualche contraddittore. Il Weber, il quale, come vedemmo sopra (pag. 217), ammette potersi retroattivamente introdurre e abolire, abbreviare e prolungare l'usufrutto legale paterno, sembra ritenere (pag. 87) che non si possa ripristinarlo, quando sia cessato in virtù della legge anteriore che gli assegnava una più breve durata. Più esplicitamente, e prima del Weber avea sostenuto lo stesso avviso l'Herrestorff (pag. 65, 85, 89), il quale addusse per ragione un preteso diritto acquistato del figlio al non rinnovamento dell'usufrutto. Anche la legge transitoria sarda del 1837 (art. 6, v. Vol. I, pag. 103, in nota) dispone che non rinasca nelle madri vedove, per continuare in conformità della legge nuova, l'usufrutto da esse già posseduto sotto l'impero della legge precedente, rispetto ai beni del figlio sui quali quel diritto fosse già cessato. Lo stesso avviso, e precisamente per la ragione che si debba rispettare il diritto acquisito del figlio, venne sostenuto dalla Corte d'appello di Agen in una sentenza del 7 pratile anno 13, da noi precedentemente citata in altra occasione (v. sopra pag. 213, nota [1]).

La Corte di Agen, nel mentre riteneva che in virtù della promulgazione del C. N. spettasse alle madri vedove la tutela legale dei loro figli, prima sottoposti ad altra tutela qualunque, non riteneva invece che in virtù di quel Codice potesse rinascere in tali madri il diritto di usufrutto legale, di cui aveano già goduto i mariti loro, e che era cessato colla morte di questi, rispetto ai beni che i figli già possedevano vivente il loro padre. « Imperocchè, dice la Corte d'Agen, quella parte della legge nuova che regola l'usufrutto dei beni dei figli, non attiene all'ordine pubblico al pari di quella che introduce la tutela della madre superstite, ma piuttosto attiene agli interessi privati dei

Digitized by Google

cittadini fra di loro. Essa non deve adunque applicarsi che ai beni dei quali il figlio non aveva il godimento, quando il Codice venne posto in vigore. Per la morte del padre il figlio ha ereditato la piena e libera proprietà dei beni propri, questo diritto fu da lui assolutamente e irrevocabilmente acquistato, e quindi togliendolo a lui per favorire la madre, la legge avrebbe un effetto ingiustamente retroattivo ».

È facile scorgere la vanità di questa argomentazione. L'usufrutto legale era cessato sui beni spettanti ai figli prima dell'introduzione della tutela della madre secondo il C. N., non perchè il legislatore avesse voluto accordare ai figli quel vantaggio, ma piuttosto perchè esso era la conseguenza della liberazione dalla patria podestà, che sola il legislatore aveva avuto di mira di accordare ai figli. Non essendo quindi la cessazione dell'usufrutto legale un diritto propriamente acquistato dai figli, nulla può opporsi al ristabilimento del medesimo. Or si comprende facilmente come il riferito passo della sentenza di Agen non sia stato approvato dai più autorevoli giureconsulti francesi, fra i quali dal Merlin (l. c., pag. 239), dal Mailher de Chassat (1, pag. 246-47), e dal Dalloz (l. c., n. 238). Quest'ultimo osserva benissimo che per gli stessi motivi pei quali il legislatore si permette di far cessare o di far durar meno l'usufrutto legale acquistato dal padre sotto una legge anteriore e differente, egli può eziandio far cessare l'esenzione dall'usufrutto medesimo, quand'anche si volesse ritenere che la legge anteriore avesse inteso di assicurare al figlio il godimento personale di tutti i suoi beni (1). Anche la Corte Regia di Parigi

(1) Non dell'ugual forza è l'altro argomento addotto dai tre citati scrittori, che il figlio non poteva pretendere che l'amministrazione del suo patrimonio per parte del padre continuasse ad essere gratuita. Imperocchè il legislatore non dice che l'usufrutto legale sia principalmente un salario del padre, e la filosofia del diritto non parmi che possa conciliare l'idea di salario coll'alto concetto morale della podestà patria.

Digitized by Google

in una sentenza del 3 germinale, anno XII (1) aveva seguito l'opinione opposta a quella adottata l'anno dopo dalla Corte di Agen.

b) Se la legge nuova attribuisce all'usufrutto legale una durata più lunga di quella stabilita dalla legge precedente, perchè non considera più come causa di cessazione una circostanza qualunque a cui quella legge dava questo effetto, non v'ha dubbio che se questa circostanza non si è ancora verificata, il qual caso apparterrebbe alla categoria di quelli considerati sotto la lettera precedente, continueranno per tutto il tempo statuito dalla legge nuova i diritti di usufrutto cominciati sotto l'impero della legge precedente. Come già avvertimmo (pag. 217), anche il Weber è di questo avviso. Lo stesso è pur disposto dalla legge transitoria civile sarda del 1837 (art. 7, v. Vol. I, p. 104, in nota), e dalla legge transitoria civile italiana del 1865 (articolo 10, *ib.*, pag. 117, in nota).

c) Se la legge nuova abolisce affatto l'istituto dell'usufrutto legale, chi trovasi in possesso dell'usufrutto al momento dell'attuazione di essa legge, e in virtù della legge precedente, non può conservarlo dopo quel momento. Non vi può essere diritto acquisito all'usufrutto legale, più che non vi possa essere ad altro effetto qualunque, non essenziale, della patria podestà o dello stato di padre. Di ciò convengono tutti i giureconsulti, ad eccezione del solo Herrestorff (l. c.). Anche l'ordinanza transitoria oldemburghese (§ 3, v. Vol. I, pag. 91, in nota), e un'ordinanza transitoria prussiana dello stesso anno (§ 14, *ib.*, pag. 92, in nota) applicarono lo stesso principio, abolendo l'usufrutto legale della madre, surto sotto l'impero del C. N. Soltanto per equità parecchi legislatori hanno conservato l'usufrutto legale a chi lo aveva acquistato in virtù di

(1) *R. G.*, v. 2, 174 — *Pasic.* 2 ser. *Jur. de Trib. et C. d'app.*, Vol. I, pag. 306.

Digitized by Google

una legge precedente, ora abolita. Così, per es., il legislatore austriaco col Decreto Aulico 12 dicembre 1817 conservò ai genitori l'usufrutto legale acquistato in virtù dell'art. 384 del C. N. nelle provincie componenti il Regno d'Italia di Napoleone I. Una disposizione analoga leggesi nella Patente Imperiale del 29 novembre 1852 (n. 3) colla quale venne promulgato il C. C. A. nel Regno d'Ungheria (1).

d) Se la legge nuova si limita ad assegnare una durata minore all'usufrutto legale, non essendo però del tutto estinta l'autorità del padre sul figlio, essa avrà certamente effetto retroattivo, cioè immediato, e farà cessare in conformità alle sue disposizioni i diritti di usufrutto legale cominciati sotto l'impero della legge precedente. Anche in questo argomento però i riguardi di equità indussero parecchi legislatori a scostarsi dal rigoroso diritto. Così la legge transitoria del 26 novembre 1860 per le Provincie dell'Emilia (art. 4), e la legge transitoria civile italiana del 1865 (art. 10, *ib.*, pag. 117, in nota) pongono il principio generale che l'usufrutto legale acquistato dai genitori sui beni dei figli in virtù delle leggi anteriori, possa continuare in conformità di queste leggi anche dopo l'emancipazione dei figli, ma l'una e l'altra (ll. cc.) limitano poi questo principio, disponendo che l'usufrutto in discorso non possa durare che un certo tempo al di là della

(1) V. Unger, l. c., nota 58 — Due commentatori del C. C. A., il Winiwarter e lo Stubenrauch, considerano erroneamente queste disposizioni positive come mere applicazioni del principio che i diritti acquisiti si devono rispettare. La stessa erronea opinione ebbe anche l'autore della citata legge badese, nella quale se ne adduce per motivo che altrimenti darebbesi forza retroattiva alla legge. Ed anche il Consiglio di Stato di Francoforte opinò nel 1811 (v. Vol. 1, pag. 67, in nota) che non si sarebbe potuto far cessare l'usufrutto legale paterno prima del tempo in cui avrebbe dovuto cessare secondo la legge sotto il cui impero fu acquistato, senza ingiusta retroattività. Ma di questa opinione quel consiglio si rese ragione senza contraddire all'indole retroattiva delle leggi intorno agli effetti della patria podestà; esso considerò l'usufrutto legale paterno come uno dei diritti patrimoniali dei coniugi, e il suo errore sta tutto in questa premessa.

Digitized by Google

emancipazione (1). Ma se l'usufrutto legale o una parte di esso fosse congiunta col fatto stesso della emancipazione, come *praemium emancipationis*, siccome è disposto nel Diritto Romano, dovrebbe nonostante cessare quel diritto per l'attuazione di una legge che facesse cessare l'usufrutto legale colla emancipazione? Noi non esitiamo a rispondere affermativamente, perchè non ci sembra possibile considerare il diritto in discorso come un vero e proprio equivalente della emancipazione, senza snaturare quest'ultima. L'emancipazione è uno stato della persona emancipata, e non un atto lucrativo dell'emancipante; per conseguenza anche nel caso suddetto l'usufrutto legale conserva la sua natura di accessorio al rapporto personale fra il genitore e il figlio, e può essere quando che sia modificato dal legislatore senza ingiusta retroattività. — Concorda col fin qui detto la già ricordata sentenza della Corte d'appello di Torino del 7 fruttidoro anno 12 (2).

3) *Della cessazione della patria podestà.*

Che la patria podestà debba immediatamente cessare, non appena si verifichi uno dei casi e dei modi stabiliti dalla legge vigente, è opinione universalmente accettata.

Quanto all'usufrutto legale in particolare, egli è cosa evidente, come bene osserva il Dalloz (n. 237), che debba disparire, al pari di qualunque effetto, al cessar della causa. Invero se, come dicemmo sopra (pag. 221), devesi applicare retroattiva-

(1) Veramente nessuna delle leggi italiane citate nel testo sotto la lettera *d*) dichiara che la disposizione eccezionale in esse contenuta si applichi soltanto ai beni del figlio che già erano sottoposti all'usufrutto sotto la legge anteriore. Lo dichiara invece la citata legge badese, e la stessa clausola è pur contenuta nelle leggi austriache citate sotto la lettera c). Tuttavia, per l'autorità di questi esempi, e più ancora perchè una tale limitazione è conforme allo spirito delle leggi eccezionali in discorso, non ci parrebbe temerario tentativo quello di introdurla nella interpretazione delle leggi suddette.

(2) *Pasic. Jur. d. Trib. et d. C. d'app.*, Vol. I, pag. 361.

Digitized by Google

mente una legge la quale abbrevia la durata dell'usufrutto legale prima ancora che cessi del tutto il potere dei genitori sul figlio, come, per es., nel caso della emancipazione, a più forte ragione ciò dovrà dirsi nei casi in cui quel potere sia del tutto cessato. Non mancano decisioni giudiziali in conferma di questo principio. Così, per es., la Corte di Besançon in una sentenza del 2 luglio 1811 (1) dichiarò che, avendo la legge 28 agosto 1792 liberato i figli maggiori di ventun anno dalla patria podestà, l'avo che godeva dei beni del nipote morto sotto la sua podestà, non avea potuto continuare nel suo possesso dopo l'attuazione di quella legge. Questa sentenza venne poi confermata da un'altra della Cassazione di Parigi del 5 agosto 1812 (2). La stessa Corte di cassazione dichiarò di bel nuovo lo stesso principio nella sentenza del 26 luglio 1810 (3). In tutte le riferite sentenze però fu ammesso che l'usufrutto legale potesse in virtù delle leggi anteriori continuare sui beni del figlio o del nipote, anche dopo la morte dell'uno o dell'altro, purchè non venisse oltrepassata l'epoca in cui egli avrebbe raggiunto la maggior età. Ciò perchè la legge 28 agosto 1792 non aveva ancora introdotto il principio che l'usufrutto legale cessa colla morte del figlio, cosicchè la giurisprudenza dovette applicare anche a questo usufrutto la L. 12, *C. De usuf.* (4). Non v'ha dubbio del resto, che, introdotto quel principio, come lo introdussero infatti il C. N. e gli altri Codici moderni, il canone generale sopra enunciato ha un'altra occasione di essere applicato. — Confermò pure tal canone, in termini ancor più generali, la Corte d'appello di Torino in una sentenza del 7 fruttidoro anno 12 (5), nella quale dichiarò che le restrizioni

(1) Ap. Dalloz, l. c., n. 237.
(2) *Pasic. Jur. de la C. de Cass.*, 1 ser., Vol. VI, pag. 574.
(3) *Ib.*, Vol. V, pag. 599.
(4) Vedi le osservazioni degli editori della *Pasic.* nel luogo citato nella nota (1).
(5) *Pasic.*, 2 ser., *Jur. d. Trib. et d. C. d'app.*, Vol. I, p. 361.

Digitized by Google

e modificazioni dell'usufrutto legale paterno, introdotte dal C. N., possono applicarsi, senza ingiusta retroattività, anche ai padri che già fossero in possesso dell'usufrutto al momento in cui quel Codice entrò in vigore.

Anche rispetto alla cessazione totale dell'usufrutto legale alcune legislazioni positive si sono scostate dai rigorosi principii suesposti, per equo riguardo alle aspettative dei genitori investiti di quel diritto in virtù di leggi anteriori. Così, per es., la legge transitoria badese del 1809 (§ VIII, v. Vol. I, p. 64, in nota) rispettò l'usufrutto legale acquistato dal genitore in virtù della legge anteriore per tutta la vita del figlio. Lo stesso disposero la legge transitoria sarda del 1837 (art. 5, *ib.*, p. 105, in nota) e la legge transitoria estense del 1852 (art. 10, *ib.*, pag. 105, in nota). La legge transitoria civile del 26 novembre 1860 per le provincie dell'Emilia, e la legge transitoria civile italiana del 1865 applicarono anche alla maggior età il provvedimento riferito sopra (p. 223) rispetto alla emancipazione. Nessuna legislazione però, la quale abbia fatto cessare la podestà patria colla minor età del figlio, ha mai spinto i riguardi di equità fino a conservare l'usufrutto legale per tutta la vita del figlio a quel genitore il quale l'avesse acquistato sotto una legge che faceva durare la patria podestà per tutto quel tempo.

§ 9.

Dell'obbligo legale degli alimenti fra parenti.

I rapporti giuridici famigliari, benchè principalmente intercedano fra il marito e la moglie, e fra i genitori e i figli fintantochè questi sono sottoposti alla legale autorità di quelli, non sono però totalmente racchiusi fra tali confini. La successione legittima, per es., può essere considerata come parte integrante del sistema giuridico famigliare, e in essa la parentela acquista una importanza assai estesa, perchè anche in un

Digitized by Google

grado assai lontano diventa titolo di un rilevantissimo diritto. Ma anche fra viventi la parentela può talora assumere giuridica importanza all'infuori dei rapporti di coniuge, di genitore, di figlio, e questo accade allorquando fra vicini parenti sorge per legge un obbligo di alimenti a motivo della indigenza di uno di essi. Mentre non è questo ancora il luogo di trattare della successione ereditaria, cade qui invece in acconcio il discorso dell'obbligo legale degli alimenti.

Che una legge nuova, la quale attribuisce diritto ed obbligo di alimenti per titolo di parentela a persone, a cui non lo attribuivano le leggi anteriori, debbasi a tutti i viventi applicare,senza riguardo al tempo in cui sorse il grado di parentela di cui si tratta, dichiarò la Corte di Venezia con sentenza 30 agosto 1880 (1), e non può essere oggetto di quistione.

Disputasi invece se, pubblicata una legge nuova, la quale differisca dalla precedente nello assegnare i gradi di parentela dai quali sorge l'obbligo degli alimenti, e l'ammontare di questi, debbano corrispondentemente cessare o venire modificati gli obblighi già surti in virtù della legge precedente.

L'ordinanza transitoria oldemburghese del 1814 (v. Vol. I, pag. 91, in nota) risolvette il supposto quesito negativamente, e considerò come vero diritto acquistato e intangibile quello una volta surto in taluno in virtù della legge vigente circa l'obbligo in discorso. Sottoposta la stessa quistione alla Corte di cassazione di Firenze, questa la risolvette invece affermativamente con sentenza delli 30 dicembre 1868 (2). I considerandi di questa decisione ci paiono meritevoli di essere qui riferiti.

« Attesochè i diritti che ripetono la loro origine dalla legge, e all'acquisto dei quali non è necessario il fatto dell'uomo (e tale è appunto quello degli alimenti sussidiari entro certi gradi

(1) *G. I.*, 1880.
(2) *Ann. di Giurisp. Ital.*, Vol. I, parte I, pag. 390.

Digitized by Google

di parentela), sono per loro natura irretrattabili soltanto pel tempo passato, ma non per l'avvenire. E se piaccia al legislatore di usare la prerogativa di abolire l'obbligo della prestazione degli alimenti, la sua legge è applicabile senza ingiustizia anche a chi li godeva, perchè nulla toglie, che fosse stato concesso irretrattabilmente e che potesse dirsi quesito, e solo fa cessare un diritto che non poteva durare, poste le altre condizioni, più della sua causa, e come ogni altro diritto che dipende dallo stato delle persone, aveva insita la condizione che la legge non fosse mutata. Perlocchè, come una legge che conceda gli alimenti a chi prima non vi aveva diritto, obbliga immediatamente, senza che il parente possa opporre il gius quesito di non prestarli, così una legge che li neghi fa cessare l'obbligazione di prestarli, senzachè l'alimentato possa opporre il gius quesito di goderli; attesochè è indifferente che gli alimenti fossero stati tassati con sentenza, se si considera che questa non aveva fatto se non dichiarare il diritto che era scritto nella legge allora vigente; e poichè quel diritto era tale che poteva essere tolto da una legge nuova, essendo ciò avvenuto per la promulgazione del Codice civile, anche la sentenza aveva cessato di avere efficacia, siccome avrebbe cessato di averla nel caso di morte dell'alimentante, secondo dispone l'articolo 146 di detto Codice. Perlocchè la Corte, che questo dichiarò, non diede retroattività alla legge, perchè non offese alcun diritto quesito; attesochè giustamente la Corte trasse argomento dall'ultima parte dell'articolo 10 della legge transitoria per l'attuazione del Codice civile, là dove, abolendo a riguardo di alcuni ascendenti l'usufrutto ad essi concesso sui beni dei loro discendenti dalle leggi anteriori, lo dichiara cessato riguardo a quelli che già lo godevano; è infatti ufficio della legge, specialmente se transitoria, professare in un caso particolare un principio che serva di criterio alla giurisprudenza per decidere i casi si-

Digitized by Google

mili..... ». Ugual decisione della stessa quistione fece la Corte d'appello di Firenze in una sentenza 4 maggio 1870 (1).

Come ben si vede, tre sono i principali argomenti contenuti nei surriferiti considerandi: il primo, che il diritto in quistione tragga origine immediatamente dalla legge e non dal fatto dell'uomo; il secondo, che il diritto medesimo sia una mera concessione della legge; il terzo, che esso diritto attenga allo stato delle persone.

Noi pure siamo dell'opinione adottata nella surriferita sentenza, e crediamo che solo per mera equità il legislatore oldemburghese abbia sancito l'avviso contrario. Ma dei motivi addotti dalla Corte di cassazione di Firenze uno solo ci par buono, e ci sembra anche sufficiente a dimostrar quella tesi. L'obbligo degli alimenti fra parenti di un certo grado, è veramente un effetto di questo grado, attiene quindi strettamente allo stato personale, e la legge che lo riguarda è legge di stato personale (v. Vol. I, p. 272). Come tale, essa devesi applicare retroattivamente, cioè immediatamente a tutte le persone che trovansi nel caso da essa contemplato. D'altra parte il diritto spettante ad un parente di percepire gli alimenti da un altro parente per titolo di indigenza in un caso contemplato dalla legge, non si può dire nè un effetto *immediato*, nè un effetto *sostanziale* dello stato di parente in quel dato grado, cosicchè non gli si può neppure attribuire la natura di diritto acquisito di stato personale (v. sopra, pag. 34). Nè fa differenza alcuna che la prestazione degli alimenti si facesse per lo addietro in virtù di sentenza, oppure per spontanea osservanza della legge; le considerazioni della Corte fiorentina su questo proposito sono giustissime, e noi abbiamo già esposto in una precedente occasione (v. sopra p. 35-36) un analogo principio generale intorno all'importanza della cosa giudicata nelle materie di stato personale. Erra invece a parer nostro la Corte nell'asse-

(1) *M. T.*, XI, 972.

Digitized by Google

rire che i diritti nascenti immediatamente dalla legge possano anche venire aboliti retroattivamente; noi abbiamo dimostrato a suo luogo il principio contrario (Vol. I, pag. 253). Nè migliore ci sembra l'altro argomento desunto dalla revocabilità delle concessioni di legge; imperocchè, prescindendo dal caso che un diritto patrimoniale conceduto dalla legge ad una persona in confronto di un'altra, abbia la sua radice in una relazione di stato personale, le concessioni di tal natura sono di regola a reputarsi veri e propri diritti quesiti (v. Vol. I, p. 213). Giustamente ci sembra invece la Corte argomentare dall'analogia dell'art. 10 della legge transitoria civile italiana, perchè, come l'usufrutto legale paterno è accessorio ad un diritto di stato personale, cioè alla patria podestà, così pure il diritto agli alimenti fra parenti può dirsi accessorio ad un dato rapporto di parentela.

Analogamente a quanto abbiamo detto rispetto agli alimenti fra parenti, vuolsi pure ritenere che i diritti attribuiti dalla legge alla vedova, durante l'anno del lutto, verso i parenti del marito, siano regolati dalla legge vigente in quel tempo. Imperocchè tali diritti non si possono considerare nè come effetti del contratto matrimoniale, nè come diritti accessorii ad un rapporto di parentela. E in tal guisa ebbe pure a decidere la Cassazione di Firenze con sentenza 20 novembre 1873 (1).

§ 10.

Della parentela civile.

Naturale complemento del discorso intorno ai rapporti di famiglia si è quello intorno alla così detta parentela civile, vincolo artificiale posto in essere mediante un atto giuridico, onde tener luogo di parentela nascente da legittima procreazione.

(1) *F. I.*, 1, 1880, 124.

Digitized by Google

Il modo più comune di parentela civile si è l'adozione, istituto romano che si è sempre mantenuto in Italia, e fu introdotto anche presso nazioni non latine, le quali accettarono il romano diritto (1). Quistioni transitorie intorno a questo argomento sursero per la prima volta in Francia nello applicare il disposto della legge che la concerneva, la quale era stata promulgata parecchi anni dopo che una legge anteriore aveva ammesso in generale la possibilità dell'adozione, senza nulla soggiungere di particolare intorno alla medesima (2).

Sembra sulle prime che le quistioni transitorie relative alla adozione debbano presentare qualche difficoltà per la duplice attinenza di questo istituto alla materia delle convenzioni e a quella dello stato personale. L'adozione è certamente un contratto, come osservano anche il Chabot de l'Allier (1, 13), il Merlin (l. c., pag. 235), il Mailher de Chassat (1, pag. 252), e il Kalindero (pag. 70); ma con questo contratto si pongono in essere gli stati personali di genitore adottivo e di figlio adottivo. Per noi che nella parte generale di quest'opera (Vol. I, pag. 295) abbiamo apprezzato l'influenza del contratto sulle condizioni di stato personale, riescirà agevol cosa lo additare i principii direttivi del gius transitorio dell'adozione.

Anzitutto egli è fuori di dubbio che il giudicare intorno alla validità delle forme dell'adozione, alla capacità dell'adottante e dell'adottato, dev'essere un'applicazione della legge vigente al tempo in cui l'adozione venne conchiusa. Ciò discende dai generali principii (Vol. I, pag. 236, 238) intorno ai requisiti di forma e di capacità dei fatti acquisitivi. Propugnò validamente lo stesso avviso il Berlier nella esposizione dei motivi

(1) In Italia venne esclusa l'adozione da uno dei progetti preparatorii del C. C. I., ma fu poi accolta in questo Codice e regolata da principii consimili a quelli del C. N.

(1) In Francia l'adozione venne introdotta dalla legge 16 frim. anno 3, ma non venne regolata che dalla legge 23 maggio 1803, la quale diventò poi il titolo VIII, l. 1, del C. N.

Digitized by Google

della legge transitoria francese del 25 germinale anno 11 (1), il cui contenuto venne da noi riferito nella Parte generale di quest'opera (Vol. I, pag. 60, in nota). Lo confermarono pure parecchie decisioni dei tribunali francesi, e per esempio la sentenza del 16 fruttidoro anno 12 della Corte di cassazione di Parigi (2), due sentenze della Corte d'appello di Besançon, l'una del 18 gennaio 1808 (3), l'altra del 4 agosto dello stesso anno (4); una sentenza della Corte d'appello di Parigi dell'11 ventoso dell'anno 12 (5), una sentenza della Corte d'appello di Nîmes del 14 marzo 1812 (6); una sentenza della Corte d'appello di Caen del 6 termidoro, anno 13 (7); quattro altre sentenze della Corte di cassazione di Parigi, la prima del 24 novembre 1806 (8), la seconda del 13 dicembre 1809 (9), la terza del 12 novembre 1811 (10), la quarta del 23 dicembre 1816 (11).

Rispetto al contenuto vero e proprio, od agli effetti dell'adozione, voglionsi distinguere quelli relativi alla successione fra il genitore e il figlio adottivo, da quelli relativi alle relazioni personali fra l'uno e l'altro. Questi sono i principali ed essenziali, quelli sono accessorii ed eventuali. Al diritto successorio nascente dall'adozione si applicano i principii da noi esposti nella Parte generale di questa opera (Vol. I, pag. 298 e 399) intorno alle conseguenze dei contratti, che si verificano dopo la morte dell'uno o dell'altro contraente.

(1) V. Chabot de l'Allier, I, pag. 2.
(2) *Pasic.*, I sér., 1 part., Vol. III, pag. 451.
(3) *Ib.*, 2 part., Vol. II, pag. 264.
(4) *Ib.*, pag. 420.
(5) *Ib.*, 2 part., Vol. I, pag. 297.
(6) Ap. Ch. de l'Allier, I, pag. 7.
(7) *Ib.*, pag. 9.
(8) *Pasic.*, 1 ser., 1 part., Vol. IV, pag. 355.
(9) *Ib.*, Vol. V, pag. 444.
(10) *Ib.*, Vol. VI, p 277.
(11) *Ib.*, Vol. VIII, p. 436.

Digitized by Google

Ora ci rimangono a considerare i diritti personali nascenti dall'adozione.

La generalità degli scrittori insegna che questi diritti possono essere modificati dal legislatore, alla pari di quelli nascenti dalla paternità e dalla figliazione legittima o naturale; il Dalloz (l. c., num. 229) fra gli altri è il più esplicito nello affermarlo. Eppure l'adozione è un contratto; come si concilia quel principio colla inviolabilità dei diritti contrattuali? Ed ove quel principio generale sia giusto, quali ne sono i confini? Il Theodosiades (pag. 80) afferma che l'adozione, una volta costituita, non può più essere distrutta, ma non dice se questo sia per avventura a suo avviso il limite dell'influenza retroattiva di leggi nuove sulle adozioni anteriori.

Noi abbiamo detto a suo luogo (Vol. I, pag. 296) che i diritti di stato personale, quand'anche siano stati posti in essere mediante contratto, non si possono però ritenere acquisiti, nel senso che una nuova legge non li possa togliere o scemare, se non in quanto, prescindendo dal contratto da cui nascono, presentino i caratteri generali del diritto acquisito di stato personale. In altro luogo (v. sopra pag. 34) noi abbiamo definito che cosa s'intenda per diritto acquisito di stato personale, e quindi dobbiamo ora ritenere che una legge nuova intorno all'adozione possa bensì influire sulle adozioni anteriormente conchiuse, ma dentro i limiti di quella definizione.

Segue da ciò manifestamente che, abolito l'istituto dell'adozione, questa abolizione non possa, come ben dice il Theodosiades (l. c.), togliere esistenza alle adozioni precedentemente costituite. Non si può dire però che, all'infuori di quella legge, tutte le altre leggi che modificassero l'istituto dell'adozione, dovrebbero essere retroattive; altre influenze meno gravi possono rimanere interdette al legislatore sulle adozioni anteriori. Se non che quest'ultima proposizione non potrebbe essere pienamente dimostrata senza molte e varie ipotesi. Se per esempio

Digitized by Google

una legge ordinasse che il figlio adottivo non potesse portare il nome di famiglia dell'adottante, noi crediamo che questa legge non si potrebbe applicare alle persone adottate precedentemente. Imperocchè ci sembra veramente essenziale quell'effetto dell'adozione, posto che questa sia un mezzo artificiale di supplire alla mancanza di discendenti naturali. Noi non consentiamo invece col Savigny (pag. 500), il quale pensa non essersi potuta applicare alle adozioni anteriori la legge di Giustiniano che tolse all'adottante la patria podestà. La patria podestà invero non è un prodotto dell'adozione secondo quasi tutte le legislazioni, e già da ciò si può arguire che l'una non sia effetto sostanziale dell'altra (v. sopra pag. 34). Oltracciò, siccome l'adozione può farsi tanto di persona sottoposta a patria podestà, quanto di persona non sottoposta, così è ragionevole il pensare che l'essenziale scopo dell'adottante sia piuttosto di beneficare e di continuare il nome della sua famiglia, che di esercitare una forte autorità sul beneficato e futuro suo successore.

CAPITOLO VII.

Della parentela naturale.

Dal discorso intorno alla parentela legittima è razionale il passaggio a ragionare della parentela illegittima, la quale, benchè dalla legge morale divietata, e trattata con disfavore dalla legge civile, viene però da quest'ultima per ragioni di ordine e di giustizia presa in considerazione, e circondata di speciali diritti e doveri. Anche in questo campo sursero quistioni transitorie, e talune molto vivamente dibattute dai giureconsulti. Le principali riguardano la dichiarazione della procreazione illegittima, e la misura dei diritti dei figli illegit-

Digitized by Google

timi verso i loro genitori legalmente conosciuti. Noi tratteremo separatamente dell'uno argomento e dell'altro.

§ 1.

Della dichiarazione della procreazione illegittima.

La procreazione illegittima, cioè lo stato di genitore naturale di fronte a una determinata persona, e reciprocamente, può essere dichiarata in due maniere: *a*) spontaneamente dal padre o dalla madre illegittima, che riconoscono la propria prole, oppure *b*) giudizialmente, in seguito a domanda e prove esibite dalla prole medesima, ove la legge conceda quest'azione. L'uno e l'altro di siffatti modi vogliono essere da noi separatamente considerati.

a) *Del riconoscimento della prole naturale.*

Il riconoscimento della prole naturale è una libera dichiarazione, fatta da taluno nei modi prescritti dalla legge, di essere il dichiarante genitore illegittimo di una determinata persona. Allorquando il riconoscimento sia stato fatto nelle forme e nei modi voluti dalla legge vigente, nessuna legge posteriore lo può considerare come insufficiente a produrre quegli essenziali effetti personali, che gli attribuiva la legge sotto la quale venne fatto. È questo un principio di diritto transitorio, che discende dai canoni più generali (v. sopra pag. 34) senza bisogno di dimostrazione; la Corte di Brescia ebbe ad applicarlo al riconoscimento di un figlio adulterino, avvenuto sotto l'impero del Codice civile austriaco, in una sentenza 6 agosto 1873 (1). Quanto poi agli effetti nuovi attribuiti dalla legge al riconoscimento, avremo in seguito occasione

(1) *M. T.* 1873, 895.

Digitized by Google

di ricercare se ed in quanto essi applichinsi ai riconoscimenti anteriori, specialmente in materia di successione.

Dissentono invece gli scrittori di gius transitorio nel decidere se una legge nuova, la quale assegni alla facoltà di riconoscere la prole naturale confini più ristretti o più ampi di quelli assegnatile dalla legge anteriore, debbasi o no applicare alla prole illegittima nata e non riconosciuta sotto l'impero di questa.

Il C. N. (art. 335) e le altre legislazioni moderne non permettono il riconoscimento dei figli nati da incestuoso o da adulterino congiungimento; se in una legislazione anteriore siffatta restrizione non esisteva, la si dovrà cionondimeno applicare ai figli illegittimi nati sotto l'impero di quella? Il Merlin (l. c., pag. 235) opina che la nuova legge in discorso non debbasi applicare alla prole illegittima nata prima della sua attuazione, e che per conseguenza questa prole possa essere validamente riconosciuta anche dopo. Prima di lui avea professato la stessa opinione Herrestorff (pag. 96), e dopo la propugnò pur caldamente il Kalindero (pag. 68). A quest'ultimo basta che la prole naturale sia stata anche soltanto concepita sotto l'impero della legge anteriore, perchè i genitori la possano validamente riconoscere in qualunque epoca posteriore. Imperocchè, egli dice, in tale ipotesi la prole ha una figliazione, che per diventar certa, non ha d'uopo che di essere dichiarata in buona forma, in qualunque tempo.

Noi non possiamo aderire a tale opinione, imperocchè, volendo ritenere che nella ipotesi in discorso vi sia un diritto quesito al riconoscimento, a chi lo si attribuirebbe? Non certamente alla prole, perchè il riconoscimento è un atto giuridico, libero e spontaneo del genitor naturale; forse a questo ultimo? Neppure, perchè il genitore naturale aveva bensì dalla legge anteriore la facoltà di riconoscere la propria prole, ma appunto perchè di questa facoltà non si valse finchè quella

Digitized by Google

legge fu in vigore, non può pretendere di conservarla dopo che la medesima fu abolita. Che se egli avesse esercitato in tempo debito quella facoltà, in tal caso avrebbe acquistato lo stato di genitor naturale, e questo sarebbe un diritto quesito che nessuna legge posteriore gli potrebbe togliere. Ciò vogliono i generali principii intorno alle facoltà di legge, da noi esposti nella parte generale di quest'opera (Vol. I, pag. 254 e seg.). Non sussiste l'argomento addotto dal Kalindero, essendo petizione di principio l'affermare esistente anche prima del riconoscimento la figliazione illegittima, la quale abbisogna appunto di quell'atto onde produrre giuridici effetti. E il nostro avviso è pure propugnato dal Demolombe (n. 42) con argomenti consimili, e dal Grandmanche de Beaulieu (pag. 48) (1). Una sentenza della Corte d'appello di Grenoble del 6 febbraio 1845 (2) lo seguì pure, dichiarando non potersi dopo l'attuazione del C. N. riconoscere la prole adulterina, benchè nata sotto l'impero della legge 12 brumale anno 2, la quale permetteva siffatto riconoscimento. Ed anche nessuna legge, che noi sappiamo, ha mai differentemente provveduto, neppure in via transitoria. L'articolo 7, per esempio, della legge transitoria civile italiana del 1865 (v. Vol. I, pag. 117) esime bensì dagli articoli 189, 190, e dalla prima parte dell'art. 193 i figli illegittimi nati o concepiti vigendo una legge anteriore, ma non dall'articolo 180, il quale vieta in certi casi il riconoscimento della prole naturale.

Ben altra è la quistione, se un riconoscimento di prole naturale, che oggi sarebbe vietato dalla legge, possa reputarsi per non fatto ove sia stato posto in essere vigendo una legge anteriore che lo permetteva. Qui la risposta non può essere che negativa; un atto giuridico compiuto a termini di legge non può maggiormente impugnarsi in virtù di una legge nuova, per

(1) Il Grandmanche copiò in questa occasione quasi letteralmente il Demolombe, senza neppur citarlo.

(2) *Pasic.*, 3 ser., 2 part., p. 579.

Digitized by Google

ragione della sua essenza, che per ragione della sua forma. E così pure sentenziò la Corte d'appello di Casale il 1° maggio 1868 (1).

Certo è del pari che i riconoscimenti di prole illegittima nata vigendo una legge anteriore, debbono farsi nei modi voluti dalla legge nuova, come ebbe a dichiarare la Corte di cassazione di Firenze in una sentenza 27 marzo 1878 (2).

b) *Della giudiziale dichiarazione della illegittima procreazione. Della ricerca della paternità in particolare.*

Quando la procreazione illegittima non è stata spontaneamente riconosciuta dai genitori, non vi è altro mezzo di derivarne diritti, fuorchè procacciandone dichiarazione giudiziale. Tutte le legislazioni si accordano nel permettere la così detta ricerca della maternità naturale, e le sole differenze fra esse in proposito, ed anche le sole quistioni transitorie intorno a questa materia, sono relative ai mezzi di prova. Differiscono invece le odierne legislazioni circa la così detta ricerca e la dichiarazione giudiziale di paternità. Dopochè il C. N. coll'art. 340 abolì il diritto di provare la paternità naturale, che il Diritto Romano ammetteva, e che da Giustiniano in poi era stato praticato fra i popoli europei, e per eccezione lo concedette nel caso di ratto, le legislazioni moderne si divisero su questo propositoin due ben distinte categorie. Quelle posteriori al Codice Napoleonico, e per la massima parte fatte a somiglianza di questo, vietano la ricerca della paternità; le altre, e in particolare tutte le legislazioni dei popoli germanici e dell'Europa settentrionale, permettono invece che la paternità naturale venga giudizialmente provata e dichia-

(1) *G. I.*, xx, 2, 354.
(2) *G. I.*, 1878, 970.

Digitized by Google

rata (1). In pari tempo, in più di uno degli Stati in cui venne introdotto il divieto della ricerca della paternità naturale, nè da una legge transitoria vennero esattamente determinati i limiti dell'applicazione di questo nuovo principio, surse la quistione se i figli illegittimi, nati ma non riconosciuti nè dichiarati tali sotto l'impero della legge precedente, potessero ricercare la paternità anche dopo l'attuazione della legge nuova che tale ricerca proibisce. È questa una delle quistioni più dibattute nella giurisprudenza transitoria.

La discrepanza delle opinioni si manifestò subito fra i primi trattatisti delle quistioni transitorie al principio del nostro secolo. Ritennero retroattivo il divieto della ricerca della paternità il Weber (p. 236) (2), il Lassaulx (ap. Weber, l. c.), il Pfeiffer (*ib.*), il Bergmann (nota 385), il Meyer (pag. 101); tennero invece contraria sentenza Herrestorff (pag. 96 e 207), Struve (pag. 233), Merlin (l. c., p. 235, e *Quest. d. droit*, v° *Légitimité*, § 2). Questa seconda opinione fu poi propugnata eziandio dal Georgii (pag. 161, nota 16), dal Winiwarter (ap. Unger, p. 142), dallo Stubenrauch (*ib.*), dal Dalloz (n. 231, 232). La prima opinione ebbe pure autorevoli partigiani in tempi a noi vicini, e fra gli altri il Savigny (p. 529), l'Unger (l. c.), e il Demolombe (n. 442). Ultimamente si associarono a questo partito il Grandmanche de Beaulieu (pag. 43), il Theodosiades (pag. 78), e l'avvocato Volpi (pag. 365). Vuolsi però notare che la generalità dei fautori della prima opinione ammettono che, ove l'azione per la dichiarazione di paternità natu-

(1) Chi voglia avere più esatte nozioni intorno allo stato attuale di questa controversia, può consultare il nostro opuscolo intitolato: *La quistione femminile e la Principessa Dora d'Istria*, Firenze, Succ. Le Monnier, 1865, e la nostra memoria: *La dichiarazione della paternità illegittima, e l'articolo 189 del Codice civile italiano*, inserita nell'*Annuario delle scienze giuridiche, sociali e politiche*, Hoepli 1881.

(2) Con perfetta coerenza di idee il Weber (p. 142) afferma pure che, rivocato il divieto della ricerca della paternità, di tal revoca si possono giovare tanto i figli naturali nati prima, quanto quelli nati dopo.

Digitized by Google

rale sia stata presentata prima dell'attuazione della legge nuova, il giudizio possa essere proseguito dopo quest'epoca. Ciò dichiarano in particolare il Meyer e il Weber; soltanto il Pfeiffer nega esplicitamente qualunque distinzione fra quel caso e l'altro in cui l'azione non sia stata neppure presentata sotto la legge anteriore.

Non tutte le legislazioni positive degli Stati, nei quali avrebbe potuto sorgere la controversia di cui ragioniamo, l'hanno definita. Talune conservarono il diritto di ricercare la paternità ai figli illegittimi nati sotto l'impero di una legge che l'ammetteva, e tali furono, per es., la legge transitoria badese del 1809 (v. Vol. I, p. 64, i. n.), la legge transitoria sarda del 1837 (art. 3, *ib.*, p. 103) e l'italiana del 1865 (art. 7, *ib.*, p. 117, i. n.) Soltanto la legislazione rivoluzionaria francese attribuì esplicitamente azione retroattiva al divieto della ricerca della paternità. La legge del 12 brumale anno 2, che per la prima volta introdusse il principio ripetuto poi dall'art. 340 del C. N. (1), accordò il diritto di provare la paternità mediante dimostrazione del possesso di stato secondo la legislazione anterioresoltanto a quei figli naturali, i cui genitori fossero morti prima della sua promulgazione; col che implicitamente negò che la sola circostanza della nascita anteriore all'attuazione della legge nuova bastasse per far conservare il diritto alla prova della paternità naturale coi mezzi probatorii consentiti dalla legge anteriore, ed anche tolse ai figli naturali della indicata categoria di potere provare la paternità con tutti quei mezzi.

Nel silenzio delle leggi positive la giurisprudenza dei tribunali non fu meno incerta di quello che siano varie le opinioni degli scrittori.

L'inapplicabilità della legge abolitiva della ricerca della pa-

(1) Vedi due sentenze della Corte di cassazione di Parigi del 3 ventoso anno 11, e del 26 marzo 1806 (*Pasic.*, 1 ser., 1 part., Vol. III, pag. 4; — *ib.*, Vol. 4, pag. 216).

Digitized by Google

ternità naturale ai figli naturali venuti alla luce prima dell'attuazione di tal legge, fu ammessa costantemente, secondo la testimonianza del Meyer (l. c., n. 2), dal Tribunale di prima istanza di Amsterdam. Lo stesso autore adduce pure (*ib.*) tre sentenze del 14 agosto, del 19 e del 22 settembre 1809 della Corte di cassazione del regno di Vestfalia, dichiarative dello stesso principio. Similmente la giurisprudenza francese nel decidere le quistioni transitorie surte dalla citata legge 12 brumale anno 2°, mirò piuttosto a restringere l'effetto retroattivo di questa legge. Così, per es., la Corte di cassazione di Parigi con sentenza del 14 termidoro anno 8 (1), cassando due conformi sentenze del Tribunale civile del Calvados, e del Tribunale civile del dipartimento della Manica, dichiarò potersi la paternità naturale dimostrare coi mezzi di prova consentiti dalla legislazione anteriore al 4 giugno 1793 (2), dai figli illegittimi il cui padre fosse morto prima dell'attuazione della legge di quel giorno. Egli è vero che la stessa Corte di cassazione con due posteriori sentenze, l'una del 26 marzo 1806 (3), l'altra del 3 ventoso anno 11 (4) ebbe a dichiarare non esser lecito ai figli naturali venuti alla luce sotto l'impero della legge 4 giugno 1793, od anche prima dell'attuazione di questa legge, i genitori dei quali fossero morti dopo l'attuazione della legge 12 brumale anno 2, restringere la loro domanda ai diritti accordati dalla prima legge, e in pari tempo dimostrare la paternità coi mezzi

(1) *Pasic.*, 1 ser., 1 part., Vol. II, p. 588.

(2) La legge 4 giugno 1793 attribuiva ai figli illegittimi il diritto di succedere ai loro genitori nel modo che sarebbe stato poi determinato. Questa determinazione venne data colla legge 12 brumale anno 2. I mezzi di prova accennati nel testo sono contenuti nel Diritto romano e nel decreto della Convenzione Nazionale del 19 flor. anno 2 (V. Merlin, *Quest. d. dr.*, vocabolo *Légitimité*, § 2°). Questo decreto sancisce non aver alcun valore la dichiarazione di paternità fatta inserire negli atti dello stato civile da una moglie a carico di persona differente dal suo marito.

(3) *Pasic.*, vedi pag. prec. nota (1).

(4) *Pasic.*, ib.

Digitized by Google

di prova accordati dalla medesima. Queste decisioni però non furono tanto ispirate dalla convinzione che la nascita non faccia acquistare il diritto alla prova della paternità, quanto piuttosto parvero necessarie onde non mettere le accennate due leggi in contraddizione fra loro circa un medesimo caso e il medesimo subbietto. Invero, siccome la legge 12 brumale anno 2, di cui noi esamineremo in seguito il contenuto, accorda ai figli naturali diritti maggiori di quelli che loro accordavano le leggi anteriori, ma in pari tempo non permette che la paternità naturale venga investigata, così se sotto l'impero di quella legge fosse stato lecito ai figli naturali della categoria suindicata far valere la legge 4 giugno 1793, o qualche altra anteriore, sarebbe potuto accadere che le medesime persone avessero la qualità giuridica di figli o di padri naturali in virtù della prima legge, e non l'avessero in virtù della seconda. Soltanto per evitare l'inconveniente di questa contraddizione, e, per adoperare le espressioni della Corte, onde non disconoscere l'indivisibilità dello stato personale, furono emanate quelle decisioni. Tale motivo parve anche sufficiente al Merlin (*Quest. d. dr.*, l. c.) e al Dalloz (n. 232). — Nella giurisprudenza italiana, quantunque la questione teorica circa il diritto quesito alla ricerca della paternità sia stata tolta dalla legge transitoria, pur non di meno più di una volta venne incidentalmente contemplata. E quel diritto quesito si trova ammesso in una sentenza della Corte d'appello di Modena, 12 gennaio 1880 (1), e in altra della Cassazione di Torino, 20 luglio 1881 (2). Generalmente però si può ritenere che i tribunali nostri quel diritto quesito non ammettono; chè altrimenti non si comprenderebbe come numerosi giudicati abbiano restrittivamente interpretato il disposto dell'articolo 7 delle disposizioni transitorie civili del 1865. Tali sono, per es., i giudicati che giustamente dichia-

(1) *M. T.*, XXI, 490.
(2) *M. T.*, XXI, 990.

Digitized by Google

rano quella disposizione poter giovare soltanto alla prole naturale, non anche ai terzi: Cassazione di Firenze, 23 dicembre 1880 (1), 7 marzo 1881 (2), Cassazione di Torino, 16 luglio 1874 (3). E quelle altresì che pur giustamente dichiararono non potersi la concessione del detto articolo 7 estendere a coloro i quali vorrebbero provare la propria figliazione naturale, impugnando uno stato di legittimità comprovato dal possesso di stato e dal conforme atto di nascita, in onta al disposto dell'articolo 173 del Codice civile italiano: Corte d'appello di Roma, 16 novembre 1878, Corte di cassazione di Roma, 28 giugno 1879 (4).

Prima di esaminare e di decidere la grave controversia circa la efficacia retroattiva di una legge abolitiva della ricerca della naturale paternità, ci par necessaria una considerazione intorno alla vera natura della controversia medesima. Vi ha taluno il quale ripone questa fra le quistioni transitorie sulla prova, e pensa doverlasi risolvere coi principii relativi al gius quesito in materia di prova. Di tale avviso dichiarasi il citato Volpi, ed egli non dà altra ragione del suo avviso, fuorchè dicendo essere impossibile che la legge permetta la prova di certi fatti passati con mezzi probatorii che essa riconosce insufficienti a provare i medesimi fatti in avvenire. Anche il Merlin (ll. cc.) sembra propendere a tale avviso. Imperocchè una delle principali sue obbiezioni al Meyer è quella desunta dal principio, professato anche da questo autore e da molti altri, che le prove debbansi in ogni tempo regolare colla legge vigente al tempo in cui accadde il fatto da provarsi. Noi non possiamo accettare cosiffatta opinione. Invero prima di pensare al modo di provare certi fatti, è a porsi mente alla

(1) *G. J.*, 1881.
(2) *A. G.*, 1881.
(3) *M. T.*, xv, 920.
(4) V. sopra pag. 200.

Digitized by Google

convenienza di permettere la prova dei fatti medesimi; ora la storia e i motivi della legge che divieta la ricerca della paternità c'insegnano essere appunto stata la creduta sconvenienza di questa ricerca il vero motivo per cui la si volle divietare. Siffatta sconvenienza però attiene a considerazioni d'ordine privato e pubblico, e poichè ha per materia rapporti personali, ed ebbe per effetto un cambiamento nella legislazione, rientra nel campo della dottrina del gius transitorio delle persone. Vano sarebbe l'obbiettare che una legge la quale vieta la così detta ricerca della paternità, si risolve in sostanza nel dire non potersi la paternità naturale provare se non col mezzo del riconoscimento. Imperocchè, lasciando in disparte che la ragione di una legge non è meno rilevante della formola in cui consiste, neppure sarebbe esatto formulare in tal modo il contenuto di quella legge. Il riconoscimento non è tanto un mezzo di prova della paternità, quanto piuttosto il bisogno di questa prova surge in difetto del riconoscimento, sicchè la legge in discorso non viene ad essere altro fuorchè un semplice divieto di provare la paternità; il qual divieto agisce bensì nel campo delle prove, ma deve avere la sua ragione al di fuori di questo campo. Più grave potrebbe sembrare l'obbiezione di chi, riprendendo un argomento da noi addotto dianzi, dicesse essere l'impossibilità della prova della paternità sufficiente sconvenienza onde giustificarne il divieto, benchè questa sconvenienza non esca dal campo delle prove. Se non che la storia del diritto ci insegna che non già una creduta impossibilità, ma la difficoltà della prova in discorso consigliò il disposto dell'art. 340 del C. N.; e come potrebbe essere altrimenti, se noi vediamo la ricerca della paternità naturale permessa dalla maggior parte delle legislazioni odierne? Sarebbe egli supponibile che tanti legislatori non avessero distinto in questa materia il possibile dall'impossibile? Or bene la difficoltà di una prova non è certo un motivo sufficiente di proibirla, e meno ancora di proibirla

Digitized by Google

con effetto retroattivo. Non fu quella del resto la sola cagione del divieto della prova della paternità naturale; ma lo furono eziandio, come afferma lo stesso Volpi, considerazioni di ordine morale, e per es. l'interesse della pace delle famiglie, che altrimenti potrebb'essere spesse volte e facilmente conturbata.

In conclusione, da qualunque parte si consideri, l'attuale quistione sempre ci si presenta come essenzialmente attinente al gius transitorio personale.

Noi pure siamo d'avviso col Meyer, col Weber, col Savigny e coll'Unger che *il divieto della ricerca della paternità è di sua natura retroattivo, e che per conseguenza questa azione non possa essere proposta dopo l'attuazione di siffatta legge da chi avrebbe potuto proporla, ma non la propose sotto l'impero della legge precedente.* Non è per noi necessario l'addurre a sostegno di tale opinione, come fecero alcuni nostri predecessori, l'erronea dottrina della retroattività delle leggi proibitive, o quella della retroattività delle leggi attinenti all'ordine pubblico, dottrine che noi abbiamo totalmente rifiutate nella Parte Generale di quest'opera. Per noi il pensare in tal modo è la conseguenza del non poter ravvisare nel fatto della nascita o del concepimento illegittimo sotto l'impero di una legge che permette la ricerca della paternità, un vero e proprio diritto quesito di presentare quest'azione. Invero noi non neghiamo che al momento della nascita legge siffatta conferisca al figlio illegittimo il diritto di provare chi sia stato il suo genitore, ma noi abbiamo altresì posto in chiaro a suo luogo (v. Vol. I, pag. 258, 264, 265), che le azioni giudiziali, non radicate in anteriori diritti, ma attribuite immediatamente dalla legge, non sono veri diritti quesiti, ma semplici facoltà di legge, le quali possono essere tolte da una legge nuova, finchè non siano state esercitate. Colui al quale spetta un'azione di tal natura, e nel caso nostro la prole naturale avente il diritto di ricercare la paternità, finchè non abbia dato al suo diritto un aspetto e un

Digitized by Google

contenuto concreto, facendo obbietto dell'azione una determinata persona, non può dire di possedere un diritto utile, quale dicemmo (v. Vol. I, pag. 210) essere sempre il diritto acquisito; egli non ha che la possibilità di giovarsi di quel diritto, cioè di applicarlo concretamente, e quella possibilità non può essere di ostacolo all'emanazione di una legge nuova, che più non l'ammetta e la precluda. In questo momento soltanto egli si accorgerà di avere un diritto utile, un vero e proprio diritto acquisito, e prima di tal momento egli ha una mera facoltà di legge che al gius quesito si contrappone.

Anche il Meyer fermò la sua attenzione sulla circostanza che il diritto di ricercare la paternità, quale è attribuito dalla legge alla prole naturale al momento della nascita o del concepimento, è un diritto indeterminato e vago, se non che poi, nello apprezzare questa circostanza, egli ricadde nella sua dottrina generale che non siano diritti acquisiti tutti quelli per far valere i quali sia mestieri proporre una domanda giudiziale; dottrina erronea e pericolosa, che noi abbiamo già esposta ed esaminata nella Parte Generale di quest'opera (v. Vol. I, p. 284 e segg.). A buon diritto il Merlin (l. c.) obbietta al Meyer la soverchia generalità di siffatta dottrina, la quale viene a togliere il carattere di gius quesito a diritti pienamente determinati e concreti in virtù del titolo su cui riposano. Ma questa giustissima osservazione del Merlin noi non colpisce, appunto perchè noi pure ne conveniamo, e diamo alla nostra opinione, conforme a quella del Meyer, un fondamento ben diverso da quello assegnatole da questo scrittore. Nè maggiormente ci colpisce l'osservazione del Georgii (l. c.), che il fatto dell'illegittima fecondazione, alla pari di tutti gli altri fatti dell'umana volontà, debba avere quelle giuridiche conseguenze che gli attribuiva la legge sotto il cui impero fu compiuto. Imperocchè questa osservazione, quand'anche valer potesse rispetto ai diritti patrimoniali della prole illegittima in confronto dei geni-

Digitized by Google

tori, non può applicarsi del pari alla semplice constatazione del rapporto di filiazione naturale, che di quei diritti è anterior condizione o premessa.

Gli altri giurenconsulti i quali hanno professato l'opinione contraria alla nostra, o non hanno addotto ragioni, oppure non ragionarono in modo sostanzialmente diverso dal Merlin e da Georgii. Le leggi poi che hanno sancito l'opinione contraria alla nostra non ci commuovono, perchè noi ravvisiamo in esse un mero suggerimento dell'equità.

Ma se l'azione giudiziale per la ricerca della paternità naturale non è un diritto quesito dalla stessa nascita della prole, assumerà essa quella natura all'atto in cui venga presentata, sicchè da questo momento ingeneri un vero diritto quesito alla prosecuzione del processo, diritto che una legge nuova non possa manomettere?

Il Meyer (l. c.) e il Weber (l. c.), e parecchi altri scrittori rispondono affermativamente. E noi pure siamo di questo avviso, come già ebbimo ad avvertire in una precedente occasione (Vol. I, pag. 260). Ciò perchè, quantunque in tesi generale le azioni giudiziali, aventi carattere di mere *facoltà di legge*, non si possano reputare intangibili per opera di una legge nuova pel solo fatto della loro presentazione in giudizio, se non quando abbiano un oggetto patrimoniale, non lo possano quindi nella materia meramente personale (v. Vol. I, p. 260, 265), pur nondimeno noi sappiamo altresì che tal regola comporta alcune eccezioni. Sappiamo cioè (*ib.*), che in ogni materia, e quindi anche nella personale, l'azione giudiziale esercitata deve poter essere proseguita anche sotto l'impero di una legge nuova, quando l'effetto a cui mira l'attore sia un vantaggio per lui (Vol. I, p. 260), e s'intende un vantaggio vero e proprio, cioè reputato tale non meno dal privato che dal legislatore. Ora l'azione di paternità naturale ha certamente un tale carattere, come già pure osservammo (*ib.*), epperò il

Digitized by Google

diritto quesito di proseguirne l'esercizio anche dopo l'abolizione della ricerca della paternità noi possiamo ammettere con tanta coerenza ai nostri più generali principii, con quanta ebbimo a risolvere negativamente più sopra (p. 182) l'analoga quistione rispetto alle azioni pendenti di separazione coniugale o di divorzio.

Fin qui noi abbiamo ragionato nell'ipotesi di un mutamento di legge, in virtù del quale la ricerca della paternità naturale, per lo addietro permessa, venga ad essere proibita in avvenire. L'ipotesi contraria però è anch'essa possibile. In questo caso può farsi domanda se della nuova facoltà potranno valersi figli naturali venuti alla luce e non riconosciuti sotto l'impero della legge precedente.

La risposta non può essere dubbia. Soccorrono qui i generali principii (v. Vol. I, p. 207 e segg.) intorno alla inammissibilità di un diritto quesito a quelle elementari condizioni delle persone e delle cose, che precedono ogni umana operosità. Esse sono premesse dei veri e propri diritti acquisiti, e come tali rimangono sempre nel potere del legislatore. L'introduzione quindi della ricerca della paternità naturale ridonda a immediato vantaggio anche della prole naturale già nata o concepita anteriormente, come l'abolizione di quella ricerca dicemmo tornare a danno anche di quella prole. Tale è anche stato sempre l'opinione dei tribunali lombardi, dopochè al C. N. fu sostituito nel 1816 il Codice civile generale austriaco. Citansi in proposito cinque sentenze: del Tribunale di prima istanza di Milano a dì 19 giugno 1818 (1); dello stesso Tribunale a dì 18 luglio 1826 (2); del Tribunale d'appello di Milano a dì 5 ottobre 1826 (3), confermativa della precedente; ancora del Tribunale

(1) Zini, *Raccolta di Giurisprudenza pratica*, Vol. V, pag. 29.
(2) *Ib.*, Vol. XII, pag. 97.
(3) *Ib.*

Digitized by Google

di prima istanza di Milano a dì 29 marzo 1831 (1), e del Tribunale d'appello di Milano a dì 2 settembre di quell'anno (2), confermativa della precedente.

Quanto alla prova della illegittima procreazione, noi non possiamo che richiamare le cose dette sopra (p. 194 e segg.) circa la prova dello stato personale in generale. In virtù di quei principii noi non dubitiamo di asserire che, siccome lo stato di illegittimità, quando non si celi dietro una legittimità apparente, non può manifestamente essere cominciato fra circostanze aventi il carattere di vere e proprie prove precostituite, così, per regola generale, *la paternità e la maternità legittima si devono sempre provare coi mezzi e modi additati dalla legge vigente nel tempo in cui la relativa contestazione si deve decidere.* Molte legislazioni positive però, fra le quali l'italiana del 1865 (v. Vol. I, p. 117, i. n.), statuiscono il contrario, e, riservando il diritto di ricercare la paternità naturale alla prole nata o concepita vigendo una legge che siffatta ricerca ammetteva, vogliono in pari tempo che i relativi mezzi di prova si desumano pure da quella legge. Coerentemente i tribunali nostri seguirono lo stesso principio rispetto alla prova della maternità naturale; veggasi per es. la sentenza della Corte d'appello di Torino, 12 marzo 1867 (3). Ma siccome quel positivo disposto della legge transitoria italiana è manifestamente suggerito dalla mira di favorire le persone suddette, così noi non potremmo dar tutti i torti a chi opinasse potersi, anche in presenza di quella disposizione, concedere a quelle persone di profittare di un mezzo di prova conosciuto soltanto alla legge attuale. Così decise infatti la Corte d'appello di Venezia, 18 marzo 1883 (4).

(1) *Ib.*
(2) *Ib.*
(3) *G.*, IV, 349.
(4) *A. G.*, VII, 2, 275.

Digitized by Google

Se non che siffatta opinione, rispondendo appieno in astratto alla per me più sicura dottrina transitoria delle prove, trova in concreto un grave ostacolo nel riflesso che una legge, la quale, come la nostra, non conosce ricerca della paternità naturale, non può contenere norme probatorie veramente appropriate alla medesima, quali sogliono incontrarsi in ogni legge che quella ricerca permette.

§ 2.

Continuazione. — Della legge intermedia in materia di ricerca di paternità naturale.

Applicando qui una delle più importanti dottrine da noi introdotte nella teoria della retroattività delle leggi, dobbiamo dire che, se la legge attuale attribuisce il diritto di ricercare la paternità naturale a persone nate o concepite in un tempo anteriore, non osterebbe menomamente all'esercizio di tale diritto la circostanza che fra il tempo della nascita del figlio naturale e quello della emanazione della legge attuale, fosse stata in vigore un'altra legge, la quale avesse proscritto quel diritto, senza ammettere eccezioni al suo divieto. Il contrario ebbe a dichiarare la Corte d'appello di Bologna in una sentenza 8 marzo 1875 (1), ma la più retta dottrina fu seguita dalla Corte d'appello di Modena in una sentenza 12 gennaio 1880 (2).

E invero se, vigendo la legge anteriore, o *intermedia* fra la nascita del figlio naturale e l'emanazione della legge attuale, l'azione di paternità fosse stata promossa, e dai tribunali fosse stata respinta, non la si potrebbe di certo riproporre vigendo la legge nuova, ostandovi la cosa giudicata. Ma poichè nel primo periodo di tempo l'azione proposta non fu, non si vede

(1) *A. G.*, IX, 2, 173.
(2) *G. I.*, XXXII, I, 2, 565.

Digitized by Google

perchè non la si possa proporre nel secondo, invocando l'attore la legge ora imperante. Non esiste la legge per chi e pei casi ai quali non vi fu occasione di applicarla. Una legge che divieta la ricerca della paternità, non toglie pel solo fatto di essere stata promulgata questo diritto a chi già lo possedeva, ed era nel caso di esercitarlo, ma soltanto glielo toglie ove il medesimo tenti di farlo valere in onta ad essa, e fallisca nel suo intento perchè il giudice non accolga la domanda. Finchè questa domanda non viene presentata da chi ne avrebbe avuto licenza da una legge anteriore, la legge nuova è bensì un ostacolo a presentarla, ma essa non ha virtù di fissare per sè sola invariabilmente lo stato personale di nessuno, nel modo istesso in cui una legge che permette la ricerca della paternità naturale non ha neppure quella virtù, fintantochè la relativa domanda non sia stata presentata in giudizio.

§ 3.

Dei diritti dei figli naturali.

Tutte le leggi attribuiscono certi diritti alla prole naturale in confronto di quelle persone che siano state legalmente riconosciute per genitori. Non si confondano tali diritti con quelli che la legge attribuisce alla prole naturale in virtù di un fatto posteriore alla nascita e al riconoscimento, come sarebbero per es. i diritti di successione intestata, o di porzione legittima della eredità dei genitori, i quali non sorgono propriamente che al momento della morte dei genitori; di questi ultimi noi ragioneremo trattando del gius transitorio delle successioni.

Si domanda, se e quale efficacia retroattiva rispetto a figli naturali già riconosciuti in un modo legale, possa avere una legge nuova intorno ai diritti di tali persone provenienti direttamente dal fatto della nascita.

Discordi sono su questo argomento le opinioni degli scrit-

Digitized by Google

tori. Lo Struve (pag. 25), il Weber (pag. 83), il Bergmann (p. 126), il Savigny (p. 528), l'Unger (p. 142), il Christiansen (p. 126), il Chabot de l'Allier (1, 224 e segg.), e il Mailher de Chassat (1, pag. 256) sono d'avviso che una legge nuova, la quale aumenta o diminuisca i diritti nascenti dal fatto della procreazione naturale a pro della prole, si applichi immediatamente anche alla prole naturale riconosciuta a termini della legge precedente. Di contrario avviso sono l'Herrestorff (p. 207), il Merlin (p. 235) e il Rintelen (p. 59). Questi ultimi scrittori dichiarano in particolare che l'azione della prole naturale per ottenere gli alimenti dai genitori, essendo di diritto naturale, una volta acquistata, può ben essere accresciuta o diminuita, ma non può venir tolta affatto da una legge posteriore. — Le legislazioni transitorie sono pure discordi. La prima opinione fu introdotta nella Ordinanza transitoria sassone del 1863 (art. 21, v. Vol. I, pag. 114, in nota). In maggior numero sono invece le legislazioni che hanno sancita la retroattività di nuovi principii più favorevoli alla prole naturale; tali sono per es.: la legge transitoria prussiana del 9 settembre 1814 (§ 11, *ib.*, p. 78, in nota), le Ordinanze annoveresi del 1814 e 1815 (*ib.*, pag. 92, in nota), e l'Ordinanza transitoria di Brema del 1814 (§ 3-4, *ib.*, pag. 87, in nota). Quest'ultima in particolare contiene la stessa dichiarazione che noi abbiamo dianzi riportata dal Merlin e da altri giureconsulti. — Anche la giurisprudenza pratica francese ha più di una volta seguito quest'ultimo avviso, come in seguito vedremo. — Nella giurisprudenza italiana i responsi non furono sempre concordi. L'opinione che i diritti in discorso debbansi determinare secondo la legge sotto il cui impero accadde la nascita della prole naturale, fu per esempio accolta dalla Corte di Venezia, 25 marzo 1880 (1), dalla Corte di Torino, 9 luglio 1867 (2), dalla Corte di Firenze, 4 maggio

(1) *G. I.*, 1880.
(2) *A. G.*, I, 2, 469.

Digitized by Google

1870 (1), dalla Cassazione di Napoli, 10 luglio 1882 (2), dalla Corte di Perugia, 31 maggio 1880 (3). La contraria opinione fu seguita invece dalla Corte di Milano, 30 agosto 1880 (4), e 6 giugno 1879 (5), e dalla Cassazione di Torino, 20 dicembre 1878 (6). Bisogna però avvertire che la prima opinione è stata in particolare applicata alla sola prestazione degli alimenti dal padre ai figli naturali. Rispetto ai diritti di altro genere, non si può desumere dalle addotte sentenze una dottrina analoga. Che anzi il diritto, in particolare, di portare il nome del genitore che lo riconobbe, attribuito dal Codice civile italiano (art. 185) al figlio naturale riconosciuto, fu dichiarato non spettare ai figli naturali dichiarati giudizialmente in Italia secondo la cessata legislazione austriaca, dalla Cassazione di Torino, 5 febbraio 1880 (7). Ed anche bisogna avvertire che alcuni giudicati italiani, i quali negarono a figli naturali dichiarati giudizialmente a termini della legislazione austriaca, maggiori diritti verso il padre, che quella legislazione non accordasse, furono mossi dal riflesso che l'azione di paternità, contemplata dai §§ 163, 166 del Codice civile generale austriaco sia sostanzialmente diversa dalla vera e propria dichiarazione di paternità naturale; opinione codesta, che noi non dobbiamo discutere, perchè attiene piuttosto alla giurisprudenza transitoria italiana che alla generale dottrina della retroattività della legge, ma che ha per sè una sentenza della Cassazione di Torino, 17 agosto 1881 (8) a sezioni unite, ed altra dalla Corte d'appello di Venezia, 25 settembre 1883 (9).

Prima di esporre la nostra opinione sull'argomento, ci pare opportuno investigare di quale natura siano i diritti dei quali si tratta, parendoci che la suindicata discrepanza delle

(1) *M. T.*, XI, 972.
(2) *G. I.*, 1882.
(3) *Ib.*, 1880.
(4) *M. T.*, XXI, 998.
(5) *Ib.*, XX, 616.
(6) *Ib.*, 133.
(7) *M. T.*, XXI, 666.
(8) *M. T.*, XXII, 850.
(9) *A. G.*, XVII, 2, 624.

Digitized by Google

opinioni si colleghi strettamente col modo di vedere degli autori anche su quest'altro punto. Vi ha chi opina che l'azione dei figli naturali per ottenere gli alimenti, e così pure le altre azioni dei medesimi per far valere diritti *inter vivos* verso i genitori che li abbiano riconosciuti, siano *actiones ex delicto*, e quindi abbiano scopo e carattere penale. Da ciò conseguirebbe che le nuove leggi intorno a tali azioni non si potessero applicare alle procreazioni illegittime ed ai riconoscimenti avvenuti anteriormente. Altri invece considera i rapporti giuridici *inter vivos* fra i figli naturali riconosciuti e i loro genitori, come attinenti essenzialmente allo stato personale, e da questa premessa deduce l'effetto retroattivo delle nuove leggi intorno ai medesimi. Dal primo avviso non sembra dissentire il Savigny (pag. 597 e nota 9), il quale però dà maggiore importanza al secondo, e quest'ultimo è pur l'avviso del Christiansen (l. c.).

Noi pure siamo del primo avviso, e riteniamo quindi che i diritti dei figli naturali, non soltanto verso il padre, ma verso ambedue i genitori possano venire ampliati o scemati da una legge nuova, e quindi si debbano sempre regolare secondo la legge vivente allorquando vengono fatti valere. Imperocchè, qualunque sia il titolo giuridico assegnato ai diritti medesimi, siano questi nascenti o no *ex delicto*, certamente essi sono diritti di stato personale, o accessorii allo stato personale, e questo carattere deve solo decidere della scelta della legge da applicarvi. Ora noi sappiamo che tutti i diritti di stato personale, o accessorii a questo stato, sono sempre regolati dalla legge attuale. Devesi dunque ritenere che anche i diritti della prole illegittima verso i genitori suoi, possano venir sempre ampliati o diminuiti da una legge nuova. Salvi s'intendono sempre i diritti di tal genere già acquisiti, quelli cioè che già costituiscono un elemento essenziale dello stato di quelle persone (v. sopra p. 34). Così per es. se, per una strana supposi-

Digitized by Google

zione, venisse abolito il diritto della prole riconosciuta ad avere gli alimenti, noi non crediamo che questa legge potrebbe applicarsi a coloro che avessero già acquistato quel diritto.

Non vogliamo abbandonare il tema della retroattività delle leggi concernenti i diritti dei figli naturali riconosciuti verso i loro genitori, senza dire una parola intorno alle molte controversie suscitate in proposito in Francia in sul finire del secolo scorso, e al principio del presente.

La citata legge 4 giugno 1793 aveva stabilito in generale che i figli illegittimi avrebbero succeduto ai loro genitori nel modo che sarebbe stato in seguito determinato. Venne dipoi promulgata la legge 12 brumale, anno 2, la quale statuì (art. 1) che i figli illegittimi *attualmente esistenti* potessero partecipare alla successione dei loro genitori apertasi dopo il 14 luglio 1789, perchè provassero (art. 8) il possesso di stato di figli naturali, producendo scritti pubblici o privati del padre, oppure comprovando di avere ricevuto costanti e non interrotte cure dal padre, sì quanto al mantenimento che quanto all'educazione. La stessa legge statuì pure (art. 2) che quelle persone potessero poi partecipare alla successione dei loro genitori che si fosse aperta in seguito, nei modi ed alle condizioni che avrebbe stabilite il Codice civile. Questa legge ebbe uno schiarimento nella legge transitoria del 14 floreale, anno 11 (v. Vol. I, p. 61, in nota), la quale dichiarò che il Codice civile avrebbe dovuto essere applicato onde regolare lo stato e i diritti dei figli naturali nati non soltanto dopo la sua promulgazione, ma eziandio nell'intervallo fra questa promulgazione e quella della legge 12 brumale, anno 2. Ora il Codice Napoleone statuisce all'articolo 756 che i figli naturali non hanno diritti sulla successione dei genitori, se non siano stati riconosciuti *legalmente*. Fu appunto questa parola *legalmente* che diede origine a dubbi e controversie.

Digitized by Google

Si domandò se la legalità del riconoscimento, rispetto ai figli naturali venuti alla luce prima dell'emanazione del C. N., e rispetto alle successioni apertesi dopo il 12 brumale anno 2, dovesse essere giudicata secondo questo Codice, oppure secondo il diritto anteriore. Questo diritto ammetteva riconoscimenti in forma privata, o per via di sentenza basata su indizi, od anche per via di transazione giudiziale, mentre il C. N. esige (art. 334) che il riconoscimento, per essere valido, debba essere fatto o nell'atto di nascita, oppure in forma autentica. Opinavano gli uni che il riconoscimento della prole nata prima del C. N. ed anche della legge 12 brumale, anno 2, in qualunque modo fatto, purchè in modo non condannato dal diritto e dalla giurisprudenza del tempo, dovesse valere anche per l'esercizio dei nuovi diritti successorii, attribuiti dal C. N. alla prole naturale; chè altrimenti sarebbesi dato al C. N. un ingiusto effetto retroattivo. Rispondevano gli altri che la legge 12 brumale, la quale aveva abolita la ricerca della paternità, perchè il legislatore non aveva fiducia in questa prova, non poteva intendere per riconoscimento legale fuorchè quello che il C. N. avrebbe dichiarato tale (1); che non si poteva neppur chiamare legale un riconoscimento accaduto in conformità al diritto anteriore al C. N., perchè fino a quest'epoca non vi era stata legge alcuna intorno a questo argomento; che del resto il legislatore avea

(1) Questa fu in particolare opinione espressa in via consultiva dal Comitato di legislazione della Convenzione Nazionale, in un rapporto riferito da Chabot de l'Allier (I, p. 137). Vi si dice fra le altre cose: *il ne serait pas juste d'accorder aux probabilités acquises sur la paternité par des anciennes formes, une faveur qu'elles ne doivent point avoir. Ces sortes de preuves, et les jugements rendus en conséquence, n'ont pu jamais établir le fait de la paternité, sur lequel la nature a jeté un voile impénétrable; les jugements et les adjudications prononcées doivent, à la vérité, être exécutés, tant à l'égard des enfants qu'à celui de la mère; mais il n'en peut jamais résulter une preuve de filiation équivalente à une reconnaissance d'enfant, et elles ne peuvent jamais produire un droit de successibilité.*

Digitized by Google

piena facoltà di imporre nuove condizioni per l'acquisto di diritti che esso per la prima volta introduceva.

Questo secondo modo di vedere prevalse nella giurisprudenza. E propriamente si fecero tre distinzioni: tra i figli naturali il cui padre fosse morto dopo la pubblicazione della legge 12 brumale, anno 2, quelli il cui padre fosse morto prima della pubblicazione di questa legge, ma dopo quella del 4 giugno 1793, e quelli finalmente il cui padre fosse morto prima di questa seconda epoca. Quanto ai primi si richiese un riconoscimento in forma autentica. Quanto ai secondi si applicò il già citato art. 8 della legge 12 brumale, anno 2; quanto ai terzi fu ammessa la prova della filiazione con tutti i mezzi di prova riconosciuti dalla legge sotto l'impero della quale la prole era nata, ma soltanto coll'effetto di ottenere gli alimenti, soli attribuiti ai figli naturali dal diritto anteriore alla legge 4 giugno 1793 (v. Merlin, *Quest. d. dr.*, l. c., pag. 214-215, Dalloz, n. 232, Mailher de Chassat, l. c.) (1).

Queste soluzioni soddisfecero la generalità dei giureconsulti. Rispetto alla prima categoria di figli naturali in particolare parve sufficiente argomento quello della indivisibilità dello stato personale di paternità, attesochè, come diceva la Corte di cassazione di Parigi nella sentenza del 26 marzo 1806 (v. sopra p. 241), uno non può essere padre nel caso in cui la prole naturale chieda soltanto gli alimenti, e non esserlo quando essa chieda di succedere *ab intestato* (2).

(1) Il Merlin (*ib.*) dichiara retroattivo l'art. 8 del 12 brumale anno 2, ma riconosce come non ingiusta questa retroattività, trattandosi di nuovi diritti conferiti da quella legge. Il Mailher de Chassat dichiara pure retroattiva la prima delle surriferite soluzioni, ma soggiunge che essa è contenuta nello spirito, se non nel testo della legge 12 brumale anno 2.

(2) Si agitarono poi molte quistioni per definire se certi riconoscimenti, avvenuti sotto l'impero della anteriore legislazione, avessero il carattere di liberi e spontanei. Tali questioni costituiscono la quasi totalità del lungo articolo di Chabot de l'Allier, voc. *Enfans naturels* (Vol. I, p. 111-234), ma non hanno importanza alcuna per la nostra teoria.

Digitized by Google

Prima di esprimere la nostra opinione sulla controversia surriferita, riflettiamo trattarsi in essa principalmente non di diritti *inter vivos* de' figli naturali riconosciuti verso i loro genitori, ma di diritti successori. Questi ultimi, siccome noi abbiamo già osservato precedentemente (sopra p. 251), non si possono considerare come diritti di stato personale, nè come oneri imposti dalla legge alla paternità naturale, e per conseguenza l'effetto retroattivo delle leggi che li concernono vuolsi determinare con principii ben differenti da quelli che noi abbiamo esposti precedentemente.

Fin d'ora noi non possiamo escludere che una legge possa, senza ingiusta retroattività, non considerare come sufficiente uno stato personale ammesso da leggi anteriori, onde conseguire nuovi diritti successori da essa introdotti. Se però il C. N. art. 756, e la legge 12 brumale, anno 2 non contenessero precise norme circa la prova della filiazione naturale onde conseguire il diritto di succedere, non vi ha dubbio per noi che i riconoscimenti fatti regolarmente a termini del diritto anteriore sarebbero stati sufficienti perchè di quella legge approfittassero anche i figli naturali precedentemente riconosciuti. Esigendo invece ambedue quelle leggi anche pei figli naturali, il cui padre fosse morto prima della loro promulgazione, un riconoscimento diverso da quello di cui si accontentava il diritto anteriore, non fanno già carico a nessuno di non averle osservate prima che fossero promulgate, ma soltanto non si accontentano dell'osservanza della legge anteriore per l'acquisto di diritti che questa legge non ammetteva, e che quelle introdussero per la prima volta; e questa non è certamente un' ingiustizia, come bene osserva il Merlin (l. c.).

Venendo ora al particolare, noi non possiamo approvare l'art. 8 della legge 12 brumale, anno 2, in quanto esso (v. M. d. Ch., 1, p. 257 in f.) toglie ai figli naturali, il cui padre fosse morto prima della promulgazione di essa legge, e dopo

Digitized by Google

quella della legge 4 giugno 1793, il diritto di prevalersi di un riconoscimento regolarmente fatto secondo il gius anteriore, onde ottenere soltanto gli alimenti. Noi ci associamo al Mailher de Chassat (*ib.*), il quale trova ingiustamente retroattiva siffatta disposizione, che toglie a quei figli un effetto dell'avvenuto riconoscimento e un vero diritto quesito. Per questo stesso motivo noi non possiamo neppure approvare l'opinione invalsa, come dicemmo, nella giurisprudenza francese, che i figli naturali, il cui padre fosse morto dopo la promulgazione della legge del brumale, non potessero valersi del riconoscimento fatto a termini del diritto anteriore, per ottenere gli alimenti. L'argomento dell' indivisibilità dello stato personale, addotto dalla Cassazione di Parigi, e ripetuto dal Merlin e dal Mailher de Chassat, ci pare poco concludente, attesochè per evitare una irregolarità giurisprudenziale, ci par troppo il conculcare un diritto quesito, sanzionato dal diritto naturale, recando così una grave offesa alla giustizia ed all'umanità. A noi pare che in ambedue i casi suaccennati meglio sarebbe stato se il legislatore e i giudici avessero rispettato gli stessi diritti acquisiti che erano stati rispettati nei figli naturali, il cui padre era morto prima della pubblicazione della legge del 4 giugno 1793. Su quest'ultimo punto sono fra le altre da consultarsi le seguenti sentenze: Corte d'appello d'Amiens, 11 floreale anno 12 (1); Corte d'appello di Parigi, 25 pratile, anno 13 (2); Corte di cassazione di Parigi, 1 mess., anno 13 (3); Corte d'appello di Montpellier, 28 gennaio 1806 (4); Corte d'appello di Besançon, 24 marzo 1809 (5), alle quali sentenze noi abbiamo già fatto allusione poco sopra (247). Della sentenza di Montpellier in particolare stimiamo opportuno riferire in parte i

(1) *Pasic.*, 1 ser., 2 part., Vol. I, pag. 312.
(2) *Ib.*, p. 472.
(3) *Ib.*, 1 part., Vol. IV, p. 46.
(4) *Ib.*, 2 part., Vol. I, p. 548.
(5) Ap. Ch. d. l'Allier, Vol. II, p. 223.

Digitized by Google

considerandi. « Considerando che la legge, coll'avere accordato un nuovo diritto ai figli naturali, potè benissimo imporre a questa concessione le condizioni che le parvero opportune; ma che, a termini dell'art. 2 C. C. non potendo la legge avere effetto retroattivo, essa non potè neppure privare i figli naturali esistenti al momento di sua promulgazione, dei diritti già acquistati da essi a quest'epoca; attesochè, allorquando venne promulgata la legge del 4 giugno 1793, la prima che parlò di successibilità dei figli naturali, lo stato del sig, N. era constatato dall'atto di sua nascita e da un possesso non contestato di figlio illegittimo del sig. M.; considerando che in questa qualità la natura e la giurisprudenza assicuravano al signor N. gli alimenti in confronto del padre e dei di lui eredi, alimenti di cui nessuna legge ebbe poi a privarlo, ecc. ».

§ 4.

Dei diritti della madre illegittima.

Non tutte le legislazioni si accordano nel regolare i doveri del padre illegittimo verso la madre per il fatto del concepimento. Il C. N. e gli altri Codici che non ammettono ricerca di paternità, non possono evidentemente ammettere neppure diritti ed azioni di tal natura; le legislazioni invece che la ricerca della paternità non interdicono, differiscono soltanto nella misura dei diritti in discorso. Talune danno alla madre illegittima diritto alle sole spese di battesimo e di puerperio, altre le danno anche, ove sia del caso, diritto a compenso per la perduta verginità.

Or si domanda se, abolita in uno Stato una legge della seconda specie, e sostituitavi una della prima, questa nuova legge debba applicarsi eziandio alle donne che illegittimamente partorirono in seguito ad un concepimento accaduto sotto l'impero della legge anteriore.

Digitized by Google

Le opinioni dei giureconsulti sono divise. Tiene la negativa il Brauer (ap. Lass., p. 186, i. n.) nel caso in cui la nascita illegittima sia accaduta sotto l'impero della legge nuova, e rispetto alle sole spese di puerperio; ciò pel motivo che ogni fatto deve essere regolato dalla legge, sotto il cui impero si è compiuto. Dello stesso avviso è il Lassalle (*ib.* e pag. 301), e senza distinguere caso da caso, purchè trattisi di azioni presentate sotto l'impero della legge nuova, attesochè questa legge, essendo proibitiva, deve avere immediata e retroattiva applicazione. Di contrario avviso è lo Struve (p. 235), e non si perita di sostenere la sua opinione anche di fronte all'art. 340 del C. N.; imperocchè, egli dice, essendo le azioni di cui si tratta, una conseguenza dell'avvenuto concepimento, e questo essendosi compiuto sotto l'impero della legge antica, rivestono il carattere di diritti quesiti che la legge nuova non può manomettere. La stessa opinione è pur stata accolta dal legislatore amburghese del 1814 (v. Vol. 1, p. 67 in n.), e dall'annoverese pur di quel tempo (*ib.*, p. 76 in nota).

Noi pure *siamo d'avviso che i diritti della madre illegittima verso il padre, ove la legge ne ammetta, sorgano e siano quesiti dal momento del concepimento, in qualunque tempo sia poi accaduto il parto, e debbano quindi essere regolati dalla legge vigente in quel momento*. Quei diritti invero non sono tanto diritti personali, quanto diritti corrispondenti ad una vera obbligazione civile, nascente da una specie di contratto tacito intervenuto fra l'uomo e la donna al momento della congiunzione da cui il concepimento provenne. Che se un patto espresso, col quale l'autore del concepimento si fosse obbligato a corrispondere qualcosa alla donna come riparazione del perduto onore e per gli alimenti del figlio, dovrebbe esattamente eseguirsi, come ebbe pure a giudicare la Corte di Appello di Besançon nella già citata (p. 254) sentenza del 24 marzo 1809, perchè non dovrà essere ugualmente mantenuto un tacito patto? Si inganna del

Digitized by Google

resto il Brauer nel distinguere il caso in cui il parto sia accaduto sotto l'impero della legge nuova, da quello in cui anche il parto siasi effettuato sotto l'impero della legge antica. Imperocchè, come bene gli risponde il Lassalle, dopo il concepimento il parto non si può impedire, e questo è quindi inseparabile da quello. Noi soggiungeremo che al momento del concepimento il diritto della donna è quesito, benchè condizionato alla sopraggiungenza del parto (v. Vol. 1, p. 228). Rispetto poi all'argomento con cui il Lassalle sostiene l'opinione contraria alla nostra, stimiamo inutile ribatterlo, dopo aver già tante volte condannata la dottrina sulla quale quell'argomento riposa. Rammentiamo soltanto al nostro lettore le cose da noi dette in particolare intorno alla retroattività delle leggi abolitive di azioni giudiziali aventi natura di diritti acquisiti (Vol 1, p. 264).

§ 5.

Della legittimazione.

La legittimazione della prole naturale si fa nelle moderne legislazioni in due maniere, o mediante decreto del Principe, o in virtù di susseguente matrimonio.

Non v'ha dubbio che la esistenza o non esistenza della legittimazione devesi giudicare secondo la legge vigente al tempo in cui il decreto è stato emanato, o il matrimonio è stato conchiuso. Su quest'ultimo punto in particolare veggansi in conferma la sentenza della Corte di cassazione di Parigi, 7 luglio 1824 (1), e un'altra della stessa Corte del 5 maggio 1836 (2).

Se poi il primo dei due modi di legittimazione venga per la prima volta introdotto in uno Stato, non si può dubitare che

(1) *C. N.*, 7, 1, 492 — *D. R.*, 8, 606 — *Pasic.*, 2 ser., *C. d. Cass.*, Vol. XI, pag. 65.

(2) *R. G.*, 36, 1, 374 — *D. C.*, 36, 1, 199 — *Pasic.*, ib., *Tab. gén.*, voc. *Légitimat.*, n. 7.

Digitized by Google

della facoltà di invocare il sovrano decreto potranno giovarsi i genitori naturali anche rispetto alla prole già nata prima della introduzione di quella legge. Imperocchè nessun diritto acquisito viene leso in tal maniera, e il decreto che si invoca giova alla prole illegittima e a nessuno nuoce.

Che se in uno Stato venga per la prima volta introdotta la seconda maniera di legittimazione, non avrà questa legge nessuna influenza sulla esistente prole naturale, i cui genitori si fossero già uniti in matrimonio, senza averla potuta legittimare? I pochi scrittori di gius transitorio, i quali trattano della legittimazione, rispondono a questa domanda negativamente. Citeremo fra gli altri il Savigny (p. 500), e l'Unger (pag. 143).

Non ci sembra però che questi autorevoli giureconsulti abbiano considerato troppo attentamente il tema in discorso, vedendoli esprimere quella opinione incidentalmente e senza darne ragioni. A prima giunta, chi considera la legittimazione per susseguente matrimonio come un effetto di questo, può esser tratto a credere che vi si debba applicare la legge sotto il cui impero il matrimonio venne contratto. Ma, oltrechè gli stessi veri e proprii effetti non essenziali del matrimonio possono sempre venire da una legge nuova modificati (v. sopra p. 149), la legittimazione *per subsequens matrimonium* non è vero e proprio effetto del matrimonio, ma piuttosto un nuovo stato personale, occasionato in pari tempo dalla nascita della prole illegittima, dal riconoscimento di questa, e dal matrimonio dei genitori della medesima. La quistione adunque si riduce a decidere se la legge nuova possa far profittare la prole naturale, nata prima della sua attuazione, del matrimonio conchiuso pure prima di quest'epoca dai genitori suoi, onde acquistare uno stato, impossibile ad acquistarsi per tal via secondo la legge anteriore. Ora la risposta affermativa è per noi una diretta applicazione del principio generale da noi propugnato nella prima Parte di quest'opera (vol. 1, p. 234), che la legge nuova può sempre

Digitized by Google

attribuire, nuovi effetti a condizioni di fatto preesistenti e durevoli, sia dell'ordine personale, sia dell'ordine reale. Nessun diritto quesito si offende in tal modo, purchè la legittimazione si faccia cominciare dal giorno dell'attuazione della legge nuova, se il riconoscimento della prole è stato fatto prima, e se quindi rimangono intatti i diritti per avventura acquistati dai figli legittimi nell'intervallo fra la nascita loro e l'attuazione della legge nuova. Del resto le leggi che ammettono l'istituzione in discorso non richiedono la coincidenza della legittimazione colla conclusione del matrimonio, mentre statuiscono che la legittimazione in discorso possa farsi anche a vantaggio di figli naturali premorti, e i cui discendenti sopravvivano (v. C. N., art. 334, C. C. I., art. 196), e che si operi posteriormente al matrimonio la legittimazione di figli naturali che i coniugi non abbiano prima riconosciuti (v. C. C. I., art. 197). E vi ha differenza meramente formale fra il provenire da un matrimonio nuovi effetti in virtù di nuove sopraggiunte circostanze di fatto, siccome vedesi accadere negli esempi suesposti, e il provenirne effetti nuovi in virtù di sopraggiunto cambiamento di diritto. L'opinione da noi qui propugnata ebbe in Italia il suffragio di una sentenza della Corte d'appello di Catania, 2 giugno 1874 (1), e di un'altra della Corte d'appello di Genova, 21 luglio 1874 (2).

Che se la nuova legge differisca dalla precedente nel determinare i casi e gli estremi della legittimazione per susseguente matrimonio, ella si deve certamente applicare ad ogni legittimazione di tal genere non ancora compiuta, sia che il riconoscimento della prole accada dopo la attuazione della legge nuova, o sia che dopo quest'epoca accada il matrimonio dei genitori illegittimi. Non è dubbio quindi che, dopo l'attuazione del Codice civile italiano, non è possibile la legittimazione per

(1) *G. I.*, XXVI, 769.
(2) *Giorn. dei Trib.* di Milano (cessato), IV, 98.

Digitized by Google

via di matrimonio susseguente a favore di nati illegittimi da persone legate fra loro da vincolo di parentela in terzo grado, o in secondo di affinità, di computazione civile, le quali persone erano escluse da tale beneficio in virtù dell'art. 173, 1° del Codice albertino, non ripetuto nel Codice civile italiano (vedi art. 195 e 180). Non è più possibile invece la legittimazione di prole adulterina in virtù del matrimonio susseguente dei genitori, dopochè il Codice civile italiano è stato attuato, e se quel matrimonio accade vigendo il medesimo, quantunque la prole sia nata sotto l'impero del Codice civile generale austriaco, il quale ne ammetteva la legittimazione per quella via (v. Basevi, *Annotazioni al Codice civ. gen. austriaco*, § 161, n. 7 e 8).

Digitized by Google

APPENDICE

AL LIBRO I DELLA PARTE TERZA

Della retroattività in materia penale

CAPITOLO I.

Introduzione.

Come abbiamo già osservato nella Parte Generale di quest'opera (Vol. I, pag. 145), vi hanno sufficienti attinenze fra il diritto delle persone e il diritto penale, perchè nello svolgere la teoria della retroattività delle leggi si debba passare da quello a questo, e la trattazione del secondo argomento diventi una appendice della trattazione del primo. Invero l'applicazione delle pene risolvesi in una sfavorevole condizione personale, sia per le sofferenze inflitte ad espiazione del delitto, sia per la diminuzione della libertà e della capacità giuridica del delinquente.

Egli è vero che fra le leggi penali e le altre leggi intorno allo stato personale intercede una grandissima differenza, consistente in ciò che, mentre le seconde hanno di mira la subbiettiva condizione degli individui, le prime invece contemplano certi *fatti* che sono azioni punibili e delittuose. Ma questa differenza non è tale che ammetter si debba una sostanziale affinità fra le regole dell'applicazione delle nuove leggi penali, e quelle dell'applicazione delle nuove leggi civili aventi per iscopo il distribuire i diritti fra i cittadini in relazione e proporzione a *fatti* posti in essere il più delle volte dalla loro volontà. Imperocchè la giustizia penale non è distributiva come la civile, ma piuttosto

Digitized by Google

attributiva, cioè attribuisce l'obbligo della pena, e ciò bensì in occasione del reato e in proporzione dell'entità di questo, ma in virtù di principii e riguardi superiori e contrari all'interesse ed alla volontà del delinquente.

Per tal motivo i principii direttivi dell'applicazione retroattiva delle leggi penali ci sembrano piuttosto far parte di una completa dottrina circa la retroattività del diritto personale, cui distinto carattere vedemmo apputo (sopra pag. 5) essere la indipendenza dei suoi principii dalle supposte intenzioni e dagli interessi dei privati. Quali siano le fondamentali regole razionali per l'applicazione retroattiva delle nuove leggi penali noi abbiamo già accennato nel Libro 1°, là dove ragionammo (pag. 38-39) delle condizioni personali sfavorevoli e delle nuove leggi intorno alle medesime. Or non si tratta per noi che di riprendere in esame quelle regole, di meglio determinarle, e di completarle con altri necessari elementi desunti da ordini di idee differenti da quello dell'astratta natura della legge penale.

Quest'ultima osservazione è di particolare importanza. La dottrina della retroattività delle leggi penali, quale è oggi universalmente ricevuta, non proviene da sole necessità razionali, ma eziandio da pratici riguardi, sia di equità, sia di politica prudenza, che da molto tempo furono avvertiti e apprezzati dagli scrittori e dai legislatori. Chi non distingue questa duplicità di elementi nella dottrina in discorso, viene necessariamente alla spiacevole e pericolosa conseguenza di contraddire a principii ricevuti universalmente, e profondamente radicati nel pensiero e nelle leggi dei popoli moderni.

Tale è l'assunto che noi ora ci proponiamo. E nello eseguirlo, noi cominceremo colla esposizione dei principii fondamentali che reggono tutta quanta la materia, poi distingueremo e tratteremo ciascuna delle speciali quistioni trattate dai giureconsulti. Soltanto le quistioni e gli speciali principii attinenti alla procedura penale riserveremo in parte ad un'altra e più remota

Digitized by Google

occasione, cioè alla esposizione dei principii del gius transitorio comuni alla procedura civile e alla penale.

Il gius transitorio penale è una delle parti della teoria della retroattività che più furono coltivate nei moderni tempi. Vi diedero occasione le molte riforme legislative in materia penale, che segnalarono il finire del secolo passato, e l'attuale fino a noi. Alle collezioni del Merlin e del Dalloz, ed alle opere citate nella bibliografia generale anteposta a tutta la presente opera, si possono aggiungere quasi tutti i reputati trattatisti del diritto e dei Codici penali moderni, e le seguenti opere speciali, che siamo venuti a conoscere soltanto nel corso della pubblicazione di quest'opera:

Berner, *Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum, und Personen* (p. 50-75) Berlin 1853;

Seeger, *Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze*, Tübingen T862;

Schmid, *Die Herr schaft der Gesetze nach ihrenr äumlichen und zeitlichen Grenzen im Gebiete des bürgerlichen und peinlichen Rechts*, i. f., Jena 1863;

Meynne, *Essai sur la rétroactivité des lois répressives*, mém. cour. Bruxelles 1863.

Queste due ultime opere ci parvero di molto e singolare pregio; la prima per l'accuratezza delle indagini storiche, la seconda per l'ordine e la larghezza, come anche per la chiarezza della trattazione.

CAPITOLO II.

Dottrina odierna circa l'effetto retroattivo delle leggi penali.

Avendo noi già osservato che nella materia della retroattività della legge penale vuolsi tener conto non soltanto di ciò che la ragione giuridica impone, ma eziandio di ciò che da riguardi

Digitized by Google

e considerazioni pratiche può essere suggerito, ci sembra il modo migliore di dare alla nostra investigazione un oggetto ben determinato e concreto quello di esporre dapprima ciò che vien comunemente ammesso dagli scrittori e dai legislatori, e poscia ricercarne e apprezzarne le ragioni, il valore, e le più importanti applicazioni.

Sono oggidì principii universalmente ricevuti, e sanzionati anche dalla maggior parte delle legislazioni, i seguenti:

I. La legge penale non può avere effettto retroattivo, nel senso che *nessuna azione può essere dichiarata reato, nè il suo autore può essere punito, se non in virtù di una legge anteriormente pubblicata e messa in vigore.*

Questo principio nel comune discorso fu da molto tempo tradotto nel noto adagio: *nulla poena sine lege.* Le più esplicite dichiarazioni del medesimo noi troviamo anzitutto nella legislazione rivoluzionaria francese in sul finire del secolo passato, e propriamente: *nella dichiarazione dei diritti dell'uomo* (articolo 8) (1), e nelle due costituzioni: del 24 giugno 1793 (articolo 8) (2), e del 5 fruttidoro anno III (art. 14) (3). La costituzione degli Stati Uniti prescrive pure espressamente le leggi penali *ex post facto* (v. Vol. I, p. 50). Non fu meno esplicito il *Code pénal* del 3 brumale anno IV, all'art. 2, che suona: « nessun atto, e nessuna omissione può riputarsi delitto se non racchiude contravvenzione ad una legge anteriormente promulgata », e il *Code pénal* del 1810, all'art. 4, che suona: « nessuna contravvenzione, nessun delitto, nessun crimine può esser punito con pene che non erano comminate dalla legge prima che ve-

(1) *La loi ne peut établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.*

(2) *L'effet rétroactif donné à la loi serait un crime,* vedi Vol. I, p. 43.

(3) *Aucune loi, ni criminelle ni civile ne peut avoir d'effet rétroactif ibidem* (*).

(*) Non è meno esplicita la Costituzione belgica, art. 9: *nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi.*

Digitized by Google

nissero commessi ». Identica disposizione noi troviamo in tutti i Codici penali d'Europa, e per es. nel Codice penale italiano del 20 novembre 1859 (art. 3), nel Codice penale prussiano del 14 aprile 1851 (§ 2), nel nuovo Codice penale belgico del 9 giugno 1867 (art. 2), e nel Progetto di Codice penale pel Regno d'Italia (art. 2) (1).

II. *Se la legge penale vigente al tempo del giudizio è più mite di quella stabilita dalla legge vigente al tempo della esecuzione del reato, la prima legge viene applicata retroattivamente.*

III. *Se la legge penale vigente al tempo del giudizio è più severa della legge vigente al tempo della esecuzione del reato, si giudica secondo questa legge.*

Questi due ultimi principii soglionsi compendiare in uno così formolato: *se la legge penale vigente al tempo della esecuzione del reato e quella vigente al tempo del giudizio sono di gravità differente, si giudica secondo la legge più mite.*

Questo principio è affatto moderno, come verrà dimostrato più sotto. Noi lo troviamo consegnato con differenti locuzioni nella quasi totalità delle moderne legislazioni, come si può vedere nella *Introduzione al diritto territoriale universale prussiano* (§§ 18, 20, ap. Seeger) (2); — nel Codice penale francese 25 settembre 1791, art. ult. (3); — in un Decreto della

(1) Presentato al Ministro di Grazia e Giustizia con una relazione della Commissione compilatrice in data 17 maggio 1868.

(2) La regola del § 18 della citata Introduzione trovasi riprodotta anche in leggi posteriori prussiane, anteriori al nuovo Codice penale del 1851, e per es. nella Patente del 9 settembre 1814, § 16, in quella del 9 novembre 1816 per la Prussia occidentale e per Posen, nell'Ordine di Gabinetto del 22 luglio 1816, § 20, nella Patente del 15 novembre 1816, § 17 per la Sassonia, nella Patente del 21 giugno 1825, § 23 per la Vestfalia (ap. Seeger, pag. 67).

(3) *Pour tout fait antérieur à la publication du présent Code, si le fait est qualifié crime par le lois actuellement existantes et qu'il ne le soit pas par le présent Code, ou si le fait est qualifié crime par le présent Code, et qu'il ne le soit pas par les lois anciennes, l'accusé sera acquitté, sauf à être puni correctionnellement, s'il y échet.*

Digitized by Google

Consulta Straordinaria per gli Stati Romani del 19 luglio 1809 (ap. Dalloz, v. *Lois*, n. 367, nota 3); — nel Decreto 23 luglio 1810 per l'applicazione de' Codici criminali in Francia (1); — nel Rescritto Bavarese, 12 febbraio 1814 (2); — nella Patente Oldemburghese del 14 settembre 1814 (ap. Seeg., p. 74) — nella legge transitoria olandese del 16 maggio 1829 (art. 26); — nella Patente di promulgazione del Codice penale del Regno di Sassonia del 30 marzo 1838 (art. IV, *ib.*, p. 73); — nella legge penale di polizia virtemberghese del 2 ottobre 1839 (articolo 108, *ib.*, p. 72); — nella Patente brunswikese del 10 luglio 1840 (§ 5, *ib.*); — nel Regolamento pontificio sui delitti e sulle pene del 20 settembre 1832 (art. 2); — nella Patente di promulgazione virtemberghese del 5 marzo 1839 (art. 2-6, *ib.*); — in quella d'Annover dell'8 agosto 1840 (§ 6-8, *ib.*, pag. 73); — in quella d'Assia Darmstadt del 17 settembre 1841 (art. 3-5, 6-8, *ib.*, pag. 78); — in quella della Sassonia Altemburghese del 3 maggio 1841 (n. IV-VI, *ib.*, pag. 74); — in quella badese del 6 maggio 1845 (§ 6, *ib.*, pag. 72) in quella pel Nassau del 17 maggio 1849 (§ 3, *ib.*); — in quella di Coburgo del 29 novembre 1850 (art. 4-6, *ib.*, pag. 76); — nella Patente di promulgazione del Codice penale prussiano del 14 aprile 1851 (art. IV-VII); — in quelle dei Codici penali emanati nel 1850 per Weimar, Sondershausen, Rudolfstadt, Meiningen, Reuss, Gotha, Anhalt (*ib.*, pag. 73); — nella Patente di promulgazione del Codice penale austriaco del 27 mag-

(1) *Les Cours et Tribunaux appliqueront aux crimes et aux délits les peines prononcées par les lois pénales existantes au moment où ils ont été commis; néanmoins, si la nature de la peine prononcée par le nouveau Code pénal était moins forte que celle prononcée par le Code actuel (de 1791), les cours et tribunaux appliqueront les peines du nouveau Code.*

(2) Num. 1. « È massima riconosciuta che, differendo l'antica legge penale e la nuova, un reato commesso prima dell'attuazione della legge nuova, ma giudicato posteriormente, devesi punire con quella fra le due pene, che è la più mite » (ap. Seeger, p. 71).

Digitized by Google

gio 1852 (art. IX); — in quella pel Regno di Sassonia del 13 agosto 1855 (§ 6-8, *ib.*, pag. 75); — in quella per Francoforte del 16 settembre 1856 (art. 4, *ib.*); — nel Codice penale italiano del 20 novembre 1859 (art. 3); — nel nuovo Codice penale belgico del 9 giugno 1867 (1); — nel Progetto di Codice penale del Regno d'Italia (art. 3) (2).

Quest'ultimo lavoro legislativo non solo enuncia il principio generale alla pari di tutte le altre leggi sunnominate, ma soggiunge altresì pel primo alcune regole più speciali per applicarlo, facendo pro dei suggerimenti degli scrittori, come in seguito verrà da noi avvertito.

CAPITOLO III.

Storia degli esposti principii.

Nell'antico Diritto Romano, primo fonte di tutto il giure moderno, noi non troviamo tracce del secondo fra i principii accennati nel capitolo precedente, cioè della retroattività della legge penale meno severa o più favorevole. Il primo poi di quei principii, cioè non potersi applicare la legge penale ad un fatto posto in essere in epoca in cui nessuna legge lo condannava, non sembra esser diventato certo e sicuro prima dell'epoca imperiale. Nell'epoca repubblicana, che è la più remota a cui si possa risalire nel tessere la storia del diritto moderno, gli scrittori non convengono tutti che quel principio fosse univer-

(1) Art. 2 (capov.). *Si la peine établie au temps du jugement diffère de celle qui était établie au temps de l'infraction, la peine la moins forte sera appliquée.*

(2) Art. 3, § 1. Se la nuova legge toglie dal novero dei reati un fatto punito dalla legge anteriore, cessano di diritto tutti gli effetti del procedimento e della condanna.

§ 2. Se la pena stabilita dalla legge al tempo del reato e quella stabilita da leggi posteriori fossero diverse, deve essere applicata la più mite.

Digitized by Google

salmente sentito e comunemente applicato. Non ci sembra inopportuno il considerare questo punto con qualche attenzione.

Ciò da cui ebbe occasione l'accennato dissenso fra gli espositori del diritto penale romano dell'epoca repubblicana, è il difetto di documenti legislativi o di altre testimonianze di quell'epoca, le quali definiscano in termini generali i limiti della applicazione della legge penale, e l'aversi invece copia di testimonianze parziali, e di leggi speciali, le quali alludono a principii differenti ed opposti al suddetto, oppure possono essere e sono variamente interpretate.

Celebre è anzitutto in questa controversia un passo di Cicerone nella seconda Verrina, cap. 42. Era stata emanata nell'anno 585 *a. u. c.* la legge Voconia, la quale proibiva alle persone iscritte nella prima classe di censo di istituire eredi persone di sesso femminile. Questo divieto era stato esteso dal pretor Verre ai *non censi,* ed applicato anche ai testamenti fatti prima del relativo suo editto, colle parole: *qui ab A. Postumio. Q. Fulvio censoribus postve ea . . . (S. C. Virginem mulieremve) haeredem* FECIT FECERIT (1) ecc. Contro questa retroattività insorse Cicerone colle seguenti parole: *Voconia lex te videlicet delectabat? Imitatus esses ipsum illum Voconium, qui lege sua haereditatem ademit nulli neque virgini neque mulieri: sanxit in posterum, qui post eos censores census esset, ne quis haeredem virginem neve mulierem faceret. In lege Voconia non est* FECIT FECERIT, *neque in ulla praeteritum tempus reprehenditur, nisi ejus rei, quae sua sponte tam scelerata et nefaria est, ut etiam si lex non esset, magno opere vitanda fuerit.*

Da questo passo ciceroniano tre cose sembrano potersi con sicurezza dedurre 1° che onde applicare al passato una legge

(1) La L. *Voconia* era stata emanata sotto il Consolato di Marcio Filippo e Corn. Servilio Capione, e l'ultimo censo (anno 580 *a. u. c.*) era stato tenuto dai censori Aulo Postumio, e Quinto Fulvio (v. BACHOFEN, *Die lex voconia*, Basilea 1842, p. 24-39).

Digitized by Google

penale bastava che questa fosse concepita colle parole *fecit fecerit*, delle quali la prima avrebbe indicato ciò che fosse già accaduto prima della emanazione della legge, e la seconda ciò che in seguito accadrebbe, o venisse ad essere riconosciuto per accaduto; 2° che anche in difetto di tali parole, la retroattività della legge penale doveva intendersi quando essa colpiva fatti la cui iniquità fosse evidente, e additata dal senso morale di ognuno; 3° che ove nè l'una nè l'altra delle anzidette circostanze si verificasse, per regola generale la legge penale non si doveva applicare retroattivamente.

Tali furono infatti le illazioni della maggior parte degli scrittori, e fra gli altri del Birnbaum (ap. *Zach.*, p. 68), e dello Zachariae (pag. 68-74). Questi scrittori sono quindi d'avviso che anche nell'epoca repubblicana la retroattività della legge penale fosse considerata una ingiustizia, e che se questo principio fu leso più di una volta nelle lotte dei partiti politici, locchè dicevasi *legem de aliquo extra ordinem ferre*, tali esempi non abbiano scientifica importanza, appunto perchè occasionati da passioni anzichè da principii e da convinzioni. Lo Zachariae (p. 71) porta qui l'esempio del celebre processo di Publio Clodio. Dopo i fatti accaduti fra Clodio e Milone e i rispettivi loro servi nella via Appia, il Senato ordinò che si procedesse contro Milone *veteribus legibus tantummodo* (1). Fu l'ira partigiana di Pompeo che gli fece proporre e vincere in Senato la L. *Pompeja de vi*, e poi quella *de ambitu*, prevedendo che queste nuove leggi verrebbero applicate a Milone, come infatti accadde, giusta la testimonianza di Asconio, per quella stessa cagione. Ma nel Senato non mancò in quella occasione chi svelò e condannò la proposta di leggi siffatte, e questi fu il tribuno Celio, il quale qualificò la prima di quelle leggi *privilegium odiosum* contro Milone.

(1) Cic. *pro Mil.*, c. 6: *decernebat enim, ut veteribus tantummodo legibus extra ordinem quaereretur.*

Digitized by Google

Tale è pur l'opinione di un recente e reputatissimo espositore del diritto criminale romano, del Rein (*Crimin. Recht. d. Röm.*, pag. 228). Questi è anzi d'avviso che neppure la espressione *fecit fecerit* valga a dare ad una legge penale effetto retroattivo, e che il *fecit* in particolare « non si riferisca al tempo anteriore alla emanazione della legge, ma bensì alla successiva punizione, dovendo la pena colpire chi abbia posto in essere quel dato fatto ».

Più recentemente insorse contro la suesposta e comune opinione il Seeger. Egli pone invece (pag. 1) come tesi generale che « ai Romani bastava che un fatto fosse degno di pena perchè venisse effettivamente punito dal popolo, o mediante le *quaestiones* istituite da esso; la pena giudicavasi giusta anche se al tempo in cui il reato era stato commesso non fosse stata comminata pena di sorta, oppure una pena più mite; l'incondizionata retroattività delle leggi penali era quindi la regola, anzichè l'eccezione ». Secondo il Seeger adunque (p. 36) le leggi penali romane dell'epoca repubblicana non erano retroattive allora soltanto quando in esse leggevasi la clausola *post hanc legem rogatam*, od altra somigliante. Trovasi clausola siffatta, osserva il Seeger, in molte leggi dell'epoca repubblicana, e per es. nella tavola bantinica (1), nel frammento di legge agraria riferito da Gino (2), nella tavola eracleense (3), nell'antichissima L. *Tribunicia prima* (4), nel fragm. L. *Papiriae de sacramento* (5), nella L. *Julia Municipalis* (6), nel S. C. *De acquaeductu* riferito da Frontino (7), nella L. *Julia, de adulteriis coërcendis* (8), nella

(1) Lin. 5, 13, 16-19 *ex hac lege;* lin. 14 *post hac;* lin. 21 *post hanc legem rogatam* (v. Haubold, *Inst. jur. rom. lit.*, p. 74-75).
(2) Cap. IV, *ex hac lege;* ib. ap. Seeg., p. 9 nota.
(3) *Ex hac lege* lin. 17-19 ib., p. 103, ib.
(4) *Ap.* Seeg., ib.
(5) Haubold, p. 3, ib.: *post hoc.*
(6) *Tab. heracl.* lin. 97, 107, 140: *adversus ea; ap.* Seeg., ib.
(7) II, 127: *si quis adversus ea commiserit.* ib.
(8) D. *h.*, L. 12, *ne quis posthac stuprum, etc.*

Digitized by Google

L. *Quinctia, de aquaeductibus* (1), nella L. *Thoria* (2), nella L. *De scribis* (3), nella L. *Falcidia* (4).

Un primo argomento del Seeger è l'affermare che « la più gran parte, e la quasi totalità dei delitti pubblici, secondo le idee romane, e per la poca estensione che aveva allora il diritto penale pubblico, cadevano nel novero delle azioni intrinsicamente ed evidentemente delittuose, alle quali, secondo il detto di Cicerone, la legge penale può applicarsi retroattivamente » (p. 4).

Un altro argomento, e il principale, è per il Seeger la circostanza che in tutte le leggi penali repubblicane, di cui ci è rimasta memoria, si trova quella locuzione *fecit fecerit*, o in generale la duplice indicazione del fatto punito, nel tempo passato e nel futuro (p. 9). Egli adduce in prova i seguenti frammenti :

Lex Cornelia, de sicariis: qui tribunus militum legionibus quattuor primis, quive quaestor, tribunus plebis. — Quive in senatu sententiam DIXIT DIXERIT, *qui eorum* COIIT COIERIT, CONVENIT CONVENERIT, *quo quis judicio, publico condemnaretur;* (5).

Ib) nel capitolo relativo all'avvelenamento : *qui venenum malum* FECIT FECERIT . . *quicumque fecerit, vendiderit, emerit, habuerit, dederit* (6).

Lex Julia, municipalis (*tab. heracl.* lin. 110-123): *quei . furti . quod . ipse .* FECIT . FECERIT . *condemnatus . pactusve . est . erit . queive . judicio . fiducio . « (fiduciae?) pro socio .*

(1) *Post hanc legem rogatam*, ap. SEEGER, p. 15.

(2) RUDORFF, *Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss*, Vol. X, p. 152, 153; c. VII, lin. 18; VIII, lin. 19; ib.

(3) BRISSONNIUS, *De formulis* (Paris 1583), II, p. 158, lin. 41, 65, ecc. *ante hanc legem;* ib.

(4) D. L. 1 pr. *h. t., qui cives romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volent.*

(5) CIC. *p. Cluen.*, c. 54, 55, 56.

(6) *Ib.*

Digitized by Google

tutelae . mandatei . injuriarum . deve . d . m . (= dolo malo) *condemnatus* est erit, ecc. (1).

Lex Silia, de ponderibus: si qui magistratus adversus hac D. M. pondera modiosque vasaque publica, modica minora majorave FAXIT JUSSERITVE *fieri* (2).

S. C. De imperio Vespasiani: si quis hujusce legis ergo adversus leges rogationes plebisve scita senatusve consulta fecit fecerit *sive quod eum ex lege rogatione plebisve scito s. v. c. facere oportebit non fecerit hujus legis ergo id ei ne fraudi esto* (3).

Lex Servilia, repetundarum lin. 3ª: *quantum pecuniae . . ablatum captum coactum conciliatumve aversumve sit* (4).

Fa poi anche menzione il Seeger (pag. 14) della L. *Sempronia* di C. Gracco, in virtù della quale fu ucciso il consolare Popilio, principale motore delle stragi che nove anni prima erano state fatte da straordinarie commissioni senatorie contro i partigiani di Tiberio Gracco; — delle Leggi di Cn. Pompeo sulla *vis* e sull'*ambitus* (p. 21), la retroattivià delle quali non viene contestata da nessuno, e fu già da noi accennata in una precedente occasione; — delle leggi generali sulla responsabilità dei giudici (p. 40), le quali, al pari delle citate leggi *Sempronia* e *Cornelia*, furono sempre applicate retroattivamente.

A rendere anche più forte l'argomento desunto dalle leggi positive, il Seeger opina (pag. 7) che a dare effetto retroattivo alla legge penale non era neppur necessario che questa contenesse la formula *fecit fecerit*, e che neppur Cicerone nel riferito passo della seconda Verrina afferma la necessità di quella formula a tal uopo. Secondo il Seeger anche una sola di quelle due parole avrebbe significato doversi la legge applicare ai delitti commessi prima della sua attuazione. Il *fecit* in particolare

(1) HAUBOLD, p. 122-126.
(2) HAUBOLD, p. 1.
(3) Ib., p. 223.
(4) KLENZE, *Philol. Abh. andl.*, 1839, p. 70, 71, ap. SEEG., p. 40.

Digitized by Google

abbraccerebbe in tutta la estensione del suo significato ogni delitto accaduto in qualunque tempo anteriore al momento in cui la legge viene applicata. Più ovvio è secondo lui lo stesso significato rispetto alla parola *fecerit* (1).

Ciò che poi finisce di persuadere il Seeger della sua opinione si è che la retroattività delle più odiose leggi penali repubblicane non fu sovente giudicata dai contemporanei con quel rigore con cui l'avrebbero giudicata uomini imbevuti dei principii che in tale materia sono oggidì professati. Vellejo Patercolo, narrando la storia della *Lex Sempronia*, e dei sentimenti suscitati da essa fra i Romani, approva l'applicazione che ne venne fatta retroattivamente a Rupilio Pompilio (2). La legge di Pompeo sulla *vis*, che doveva essere applicata retroattivamente a Milone e ai suoi partigiani, non fu già censurata dai contemporanei per questo motivo, ma per tutt'altri, contro i quali, dice il Seeger (p. 21), quella legge avrebbe potuto es-

(1) Il Seeger cita Aulo Gellio, *Noct. att.*, XVII, 6, il quale cita alla sua volta una spiegazione data da P. Nigidio, contemporaneo ed amico di Cicerone, alle dubbiose parole della L. *Atinia:* « quod subreptum erit ». Secondo Nigidio le due parole *subreptum erit* prese insieme, come futuro secondo del passivo, significherebbero tanto il passato quanto l'avvenire; soltanto considerate separatamente, si riferirebbero solamente all'avvenire. Tanto più, dice il Seeger, l'ultima cosa deve ritenersi rispetto al futuro esatto dell'attivo, essendo questo per se stesso una sola parola. — Adduce inoltre la linea 101 della *tab. heracl.* nella L. *Julia municip.*, *nisi quei stipendia fecerit;* un frammento di una legge sconosciuta, presso Haubold, p. 469: *isque locus, ubi quis, adversus ea humatus sepultusve erit purus et religione solutus esto;* il S. C., *De Bacchan.*, lin. 23-26, dove il *fecissent* è adoperato nello stesso modo come il *fecerit;* il frammento di una legge *repetund.*, forse della L. *Julia, rep.*, presso Haubold, p. 140: *pecuniam ceperit;* la L. *Servilia, repetundarum* secondo la restituzione fattane da Klenze: *abstulerit, ceperit, coëgerit, conciliaverit, averterit;* finalmente la quarta proposizione rimastaci del S. C., *De imperio Vespasiani: utique quos . . . senatui . populoque . romano . commendaverit . quibusve suffragationem . suam . dederit . promiserit . eorum comitiis quibusque . extra ordinem ratio habeatur.*

(2) Vell. Pat., II, 7. *Eadem Rupilium Popiliumque, qui consules asperrimi in Tib. Gracchi amicos saevierant, postea judiciorum publicorum merito oppressit invidia.*

Digitized by Google

sere molto più facilmente difesa che contro la taccia di retroattività, se questa taccia fosse stata allora così odiosa come ai tempi nostri lo sarebbe. Lo stesso Cicerone nella famosa orazione *pro Milone* (c. 5) che ebbe pur tutta la comodità di scrivere dopo il processo, e nella seconda Filippica (c. 9), rivolse i suoi attacchi piuttosto contro i provvedimenti processuali, cui era stato sottoposto Milone, che contro la legge stessa. E Cesare (*De bello civ.* III, 1) ragionò nello stesso modo per giustificare la sua proposta di restituzione a favore dei condannati.

Per ultimo, osserva il Seeger (pag. 28) che prima che si pubblicassero leggi penali con effetto retroattivo, nel sistema giuridico repubblicano si erano veduti più di una volta i magistrati nella pienezza del loro *imperium* punire senza che esistesse legge speciale da applicarsi al caso. Così per esempio la *Lex Valeria* contro il ristabilimento dei re fu posteriore alla punizione della congiura che a tale scopo era stata fatta (1), e il S. C. *De Bacchanalibus* fu posteriore alla punizione che già era stata fatta degli osceni eccessi che gli avevano dato occasione (2). Nè la nota legge delle 12 Tavole: *privilegia ne irroganto*, osta, secondo il Seeger, all'asserita retroattività delle leggi penali repubblicane. Imperocchè il vero significato di quella legge (p. 34-36) era soltanto che non si potesse con una legge infliggere ad una persona una pena, prima e senza che venisse fatto regolare giudizio. E infatti nota il Seeger (p. 36) che la *Lex Clodia*, tanto riprovata da Cicerone, era appunto concepita in quella maniera, e che Cicerone non prese di mira la retroattività della legge, ma soltanto il non costituzionale suo contenuto, in virtù del quale la condanna era già decisa, e il processo colle sue forme tutelari e coi mezzi di prova veniva ad essere anticipatamente escluso.

(1) Liv., II, 8.
(2) *Id.*, XXXIX, 8-19. Che anzi il S. C. *De Bacchan.*, non sembra essere stato (*id.*, c. 14) che una ripetizione sotto altra forma di un altro precedente che il Senato avea emanato sul caso concreto.

Digitized by Google

Abbiamo voluto riferire le principali ragioni addotte pro e contro la tesi della retroattività delle leggi penali di Roma repubblicana, perchè l'esame e il confronto delle medesime ci furono occasione di formarci alla nostra volta una opinione che non ci pare destituita di fondamento e che ora veniamo ad esporre.

Noi crediamo che la verità non sia dalla parte di coloro i quali pensano come Birnbaum, Zachariae e Rein, che il principio della non retroattività ispirasse la legislazione penale repubblicana. Di fronte ai tanti esempi storici di leggi penali di quel tempo, retroattive, di fronte alla stessa autorità di Cicerone che per una intiera classe di leggi penali ammette l'effetto retroattivo, quell'opinione ci sembra affatto insostenibile. Lo Zachariae (p. 89) sembra far molto caso dell'essere stato noto e sacro ai Romani il principio della non retroattività della legge civile, quasi ci fosse qualche analogia fra quest'ultimo principio e quello della retroattività della legge penale; ma noi non vediamo l'opportunità di siffatta osservazione, attesochè la non retroattività della legge penale, come dimostreremo a suo luogo, ha significato e fondamento ben diverso da quello della non retroattività della legge civile, e oltracciò, quand'anche tal differenza non esistesse, a tutti è noto che il diritto penale de' Romani fu ben lungi dall'avere carattere scientifico e dal formare un corpo di dottrine che si possa confrontare col loro diritto civile.

Ma anche l'opinione sostenuta dal Seeger non ci pare da seguirsi, benchè non così lontana dal vero come la precedente. Noi non vogliamo discutere col Rein (p. 228, ap. Seeger, p. 40) se le parole *fecit fecerit* attribuissero veramente alla legge penale effetto retroattivo (1), nè col Seeger se lo stesso effetto potesse produrre una sola di quelle due parole isolatamente

(1) Su questo proposito ci pare abbastanza chiara l'opinione di Cicerone nel surriferito passo della seconda Verrina.

Digitized by Google

usata. Per noi non ci può essere argomento che basti a dimostrare la tesi del Seeger di fronte a certi fatti che questo medesimo autore conosce e menziona. Come si può asserire con lui che i Romani dell'epoca repubblicana ignorassero affatto il principio della retroattività della legge penale, mentre Cicerone afferma tanto nettamente questo principio, col dire che soltanto in alcuni casi non lo si seguitava? E tanta era l'importanza di tale principio per Cicerone, che nel citato passo della seconda Verrina, alle parole da noi sopra riferite egli soggiunge: *atque in his ipsis rebus multa videmus ita sancta esse legibus, ut ante facta in judicium non vocentur.*

L'asserzione di Cicerone è un fatto certo e rilevante, contro cui la dottrina di Seeger, in quanto vi si oppone, non può che infrangersi. Lo stesso Seeger osserva (pag. 38) che le leggi penali concernenti reati di poca gravità, come per es. la L. *Cornelia, de falsis*, in quanto concerneva l'incompetente fabbricazione di monete, ma non la vera falsificazione, non si applicavano retroattivamente, e la medesima cosa osserva (pag. 39) rispetto a talune leggi penali processuali, come per es. la L. *Vatinia, de alternis consiliis rejiciendis;* come si conciliano codesti fatti colla generale ed assoluta proposizione, che tutte le leggi penali repubblicane fossero retroattive?

Che se nè questa dottrina è ammissibile, nè la contraria, ci sembra però che in quella del Seeger ci sia molto più di vero che in quella dello Zachariae, e degli altri citati scrittori. Se non tutte, però la maggior parte delle leggi penali repubblicane erano retroattive; ridotta entro questi confini, l'opinione di Seeger ci par giusta, e da doversi seguitare. Se non tutte, però la maggior parte di quelle leggi concernevano una qualche *res sua sponte scelerata ac nefaria*, cioè qualche delitto riconoscibile per tale ed evidente ad ognuno; e perchè tali leggi erano retroattive, come Cicerone ci insegna, doveano far sì che la retroattività della legge penale fosse principio dominante

Digitized by Google

nella mente dei giureconsulti e del popolo. Questa è l'opinione che noi professiamo, e che sola deduciamo dalle considerazioni del Seeger. Facile ce ne sembra la dimostrazione.

Che la maggior parte delle leggi penali repubblicane dovessero concernere reati evidenti ad ogni uomo dotato di senso morale, non vi d'uopo dimostrarlo, perchè in ogni tempo tale è sempre stato il contenuto delle leggi penali. Che poi le leggi penali circa tali reati fossero nel periodo repubblicano retroattive, lo prova anzitutto in modo irrefragabile l'autorità di Cicerone nel più volte menzionato passo della seconda Verrina. Viene poi eziandio a confermare la stessa opinione il fatto che tutte le leggi penali repubblicane, la cui retroattività è provata dai frammenti che ce ne sono rimasti, sono appunto leggi di tal natura. Nessuno potrà mai giudicare diversamente la L. *Sempronia*, le leggi Pompeiane *de vi et de ambitu*, la L. *Servilia*, *repetundarum*, la L. *Cornelia*, *de sicariis*, e tali erano pure la L. *Silia*, *de ponderibus*, e la L. *Julia*, *municipalis*, in quelle parti e sanzioni che abbiamo sopra riferite,

Per ben comprendere però come nell'epoca repubblicana la retroattività delle leggi penali intorno a delitti evidenti fosse tanto frequente, bisogna por mente al modo in cui la giustizia penale veniva allora amministrata. Non era un magistrato che applicasse a casi speciali i principii di diritto contenuti nelle leggi o nell'editto, siccome avveniva nella amministrazione della giustizia civile. La giustizia penale era amministrata dal popolo, cosicchè ogni delinquente, come bene osserva il Seeger (pag. 31), si doveva aspettare di soffrire quella pena che al momento del giudizio sarebbe stata giudicata proporzionata, o in altri termini, si doveva aspettare che per ogni singolo caso venisse emanata una legge nuova e speciale. In questo modo avveniva che frequenti fossero le leggi penali, e che ogni legge avesse l'aspetto di una giusta ed esatta interpretazione e soddisfazione della giustizia assoluta. Che anzi la cagione per la

Digitized by Google

quale il popolo, che prima di essere giudice era legislatore, faceva uso di questa sua podestà rispetto a singoli casi, era appunto il sentimento della giustizia, e della necessità di una condegna espiazione di ogni delitto. Ben s'intende che nello apprezzare il valore di un singolo reato si cedeva molte volte alla passione, e principalmente all'odio del partito politico contrario, di che si ebbero prove non dubbie, a testimonianza di tutti gli storici, nell' occasione in cui furono emanate le leggi Pompeiane *de vi* e *de ambitu*. Ci sembra però che s'ingannino coloro, e non son pochi per verità, i quali collo Zachariae non scorgono in quelle leggi penali altra cosa che il prodotto delle passioni politiche, e pensano che gli autori delle medesime non se ne rendessero altra ragione, nè altra soddisfazione ne provassero fuorchè quella di essersi vendicati. Tanto non fu mai nè potè mai essere corrotto il sentimento giuridico dei repubblicani di Roma, che non cercassero di ammantare e di coonestare anche lo sfogo dell'odio di partito con qualche più nobile idea, e questa idea non poteva essere che quella di proporzionare esattamente la pena alla malizia di ciascheduno. Questa idea, e non già il disconoscimento inconsapevole, per cieche passioni di partito, di uno dei principii più necessari all'ordine civile, fu la causa dell'essere state emanate nell'epoca repubblicana tante leggi penali retroattive. Quando il Senato Romano accettava le rigorose proposte di Pompeo a danno di Milone, era mosso certamente da passione politica; ma se la strage di Clodio, e le corruzioni operate da Milone, non avessero avuto caratteri di speciale gravità, non preveduti dalle leggi anteriori (1), possiamo noi credere che quel consesso avrebbe accettato le proposte pompeiane, o che queste sarebbero neppur state fatte?

Ciò spiega il fatto notato dal Seeger, che le leggi Pompeiane

(1) Per es. dalla legge *Plotia de vi*, anteriore a quella di Pompeo, e secondo la quale venne accusato *de vi* M. Saufeiò (ZACH., p. 73) dopo Milone.

Digitized by Google

proposte in odio principalmente di Milone non siano state dalla maggioranza dei Senatori riconosciute come ingiustamente retroattive, e perciò respinte. La maggior parte vi avranno veduto l'applicazione di un principio generale, e universalmente accettato, del principio cioè, accennato da Cicerone, che le leggi penali potessero essere retroattive onde colpire l'autore di una azione manifestamente delittuosa con una pena proporzionata alla sua gravità. Lo stesso riflesso spiega in particolare anche il silenzio di Cicerone intorno alla retroattività di tali leggi. Può egli supporsi che Marco Tullio, il quale nella seconda Verrina era insurto così fortemente contro l'effetto retroattivo dato ad un editto in materia civile, sarebbesi ristato dal fare le medesime eccezioni contro la retroattività di una legge penale, se egli non avesse veramente consentito colla pubblica opinione del tempo circa l'ammissibilità di leggi speciali per delitti di una specie gravissima e affatto nuova? Nè al fin qui detto si oppone il fatto che, giusta la testimonianza di Appiano (*De bello civ.*, II, 23), e di Plutarco (*Vita di Catone*, c. 48), Cesare e Catone nella accennata assemblea senatoria notassero e riprovassero l'effetto retroattivo delle leggi pompeiane; che anzi questo fatto sembraci venir messo nella sua vera luce dalle cose anzidette, potendosi pensare che Cesare e Catone credessero sufficienti contro Milone le leggi esistenti senza bisogno di farne di nuove, e queste stimassero retroattive appunto perchè, e soltanto perchè contemplassero reati già contemplati in tutte le loro caratteristiche circostanze da leggi anteriori.

Ci conferma nella esposta opinione ciò che, giusta l'opinione di molti autorevoli giureconsulti, il Diritto Romano disponeva intorno alle stesse azioni delittuose accennate nel più volte menzionato passo della seconda Verrina, da un altro punto di vista. I delitti in cui Cicerone ravvisa una *res sua sponte scelerata ac nefaria* sembranmi essere quegli stessi che nelle fonti

Digitized by Google

romane chiamansi *probra natura turpia*, in contrapposizione ai *probra civiliter* (1). La distinzione fra i delitti naturali e i delitti civili potrà essere senza alcun valore nel diritto penale odierno, come pensano infatti generalmente i moderni criminalisti, ma non per questo è meno chiara nel Diritto Romano. Or bene, rispetto ai reati della prima specie è parso prima di tutti a Feuerbach (*Lehrb. d. peinl. R.*, § 86) che da parecchi passi delle fonti giustinianee risulti chiaramente non potersi l'ignoranza della legge addurre per iscusa neppur da quelle persone che di regola possono scusarsi coll'ignoranza della legge violata (2). Questa dottrina è poi stata seguita dal maggior numero dei giureconsulti posteriori, e fra gli altri, dal Rorshirt (ap. Berner, pag. 33), dal Wächter (*ib.*, pag. 36), dall'Heffter (*ib.*), dal Savigny (*Sist. d. heut. R. R.*, Vol. III, pag. 389) (3), e quantunque abbia trovato i contraddittori, fra i quali il Luden (ap. Berner, pag. 34, 35), e recentemente il Berner (p. 26-36), non cessa per noi di essere una dottrina molto probabile, cioè sufficientemente basata nelle fonti (4). Che se rispetto ai delitti manifesti ed evidenti ad

(1) L. 42, D. *De verb. signif.: Probra quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis; ut puta furtum, adulterium natura turpe est; enim vero tutelae damnatio, hoc non natura turpe est, sed more civitatis; nec enim natura turpe est quod potest etiam in hominem idoneum incidere* — L. 1, § 3, D. *De furtis:.... quod lege naturali prohibitum est admittere.*

(2) Cioè i minorenni, le donne, i contadini e i soldati. I passi notati dal Feuerbach sono i seguenti: L. 7, § 4, D. *De jurisd.;* t. 38, § 2, 4, 7, *ad leg. Jul., de adult.;* L. 2, C. *De in jus voc.*

(3) Il Savigny ed altri prima di lui la fondano anche su altri passi che sono: L. 4, *De incestis;* L. 1, § 10, L. 4 pr., D. *ad S. C. Turp.;* L. 25, § 2, D. *De S. C. Silan.;* L. 7 pr. et § 4, D. *De jurisd.;* L. 2, § 1, D. *Si quis in j. voc.;* L. 15 pr. et § 5, *ad leg. Corn. de fals.;* L. 51, *De his qui sibi adscrib.*

(4) Lo Zachariae (pag. 22, 23, 69) nota che la distinzione fra *natura turpia* e *civiliter probra* è poco determinata nelle fonti romane, e che per esempio Cicerone annovera nella prima specie di azioni le contravvenzioni alla L. *Cornelia, nummaria e testamentaria*, che invece i moderni annoverano fra i delitti civili. Lo stesso dice lo Zachariae essere accaduto nella

Digitized by Google

ognuno, i Romani escludevano l'ignoranza della legge penale soltanto per questo motivo, c'è da farsi meraviglia se rispetto agli stessi delitti e per lo stesso e solo motivo sembrasse loro giustificata l'applicazione retroattiva di quella legge; o piuttosto l'un principio non armonizza coll'altro, cosicchè l'un l'altro si chiamano e si completano? Nell'un argomento e nel-

pratica del diritto inglese, applicando la distinzione fra *i mala in se* e *i mala prohibita*. Anche il BERNER (p. 27) fa la stessa osservazione a proposito delle idee romane intorno all'incesto, che si annovera fra i delitti naturali, se commesso fra ascendenti e discendenti, e fra i soltanto civili, se commesso tra fratelli e sorelle. Noi conveniamo con queste osservazioni, ma non crediamo però che siano un motivo sufficiente di negare l'importanza di quella distinzione nel sentimento morale e giuridico dei Romani. Anche la distinzione fra *jus naturale*, *gentium*, *civile* non è la più determinata nelle fonti romane (v. SAVIGNY, *Syst.*, Vol. 1, App. 1), e ciò nondimeno chi oserebbe affermare che pei Romani quei concetti non fossero abbastanza chiari, e non dominassero il sistema del diritto? E chi non vede che la prima distinzione è strettamente connessa colla seconda, e che ambedue mutuamente si corrispondono? Il BERNER nega poi (p. 36) ogni fondamento alla dottrina che fa dipendere l'ammissibilità della scusa di aver ignorato il diritto, dall'essere il delitto naturale o civile. Non è questo il luogo di discutere minutamente le osservazioni del BERNER intorno a ciascuno dei passi delle fonti, coi quali si suole dimostrare tale dottrina, ma noi non possiamo astenerci dal dichiarare che il BERNER ci sembra aver ragione in parte, non in tutto. Conveniamo con lui che la maggior parte dei passi addotti dal SAVIGNY possono ricevere un'altra spiegazione, conveniamo eziandio che la scusabilità dei delitti civili pel titolo dell'ignoranza del diritto non può dedursi dalle fonti romane con quella certezza e generalità che pur solitamente le si attribuiscono, ma la inammissibilità di quella scusa rispetto ai delitti *natura turpia* sembraci che a torto il BERNER giudichi del pari non sufficientemente dimostrata dalle fonti romane, e, ridotta entro questi limiti, la comune dottrina, dal BERNER combattuta, sembraci accettabilissima. Egli è vero che quella inescusabilità è dichiarata una sola volta nelle fonti, e precisamente nella L. 28, § 2, D. *ad leg. Jul., de adult.*, ma per compenso i termini di questo paragrafo sono chiarissimi: *mulier tum demum eam poenam, quam mares, sustinebit, quum incestum jure gentium prohibitum admiserit; num si sola juris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata.* Questo passo poi, in quella parte che riguarda i fatti *natura turpia* non è contraddetto da alcun altro delle fonti, come invece avviene nell'altra parte che risguarda i delitti civili (v. L. 1, C. *De interd. matr.*). Si aggiunge la corrispondenza del passo medesimo colla citata L. 42, *De verb. sign.*, colla quale il primo ha una manifesta relazione;

Digitized by Google

l'altro si vede la giustizia penale dominata esclusivamente da considerazioni di ordine morale, non contemperate, come sogliono essere nella scienza penale odierna, con quelle di civile convenienza e di pratica opportunità.

CAPITOLO IV.

Continuazione.

Il Diritto Romano imperiale e giustinaneo.

Durante l'epoca imperiale, fino a Giustiniano, scemarono gli ostacoli al comprendimento delle gravi ragioni di ordine e di interesse pubblico, sulle quali si appoggia il più fondamentale principio della dottrina della retroattività delle leggi penali. L'ufficio del giudice non era confuso con quello del legislatore, per essere cessata l'amministrazione popolare della giustizia; erano cessate anche le politiche dissensioni e le guerre dei partiti, cui tante volte avea servito di arme la giustizia. Non troviamo infatti in quest'epoca quasi più nessun esempio di legge penale retroattiva. Uno, affatto isolato, riscontriamo nel Codice Teodosiano IV, 18 *de plagiar., const. un.*, ed è una costituzione di Costantino, la quale eccettua soltanto i già condannati da una pena più grave novellamente introdotta (1).

si aggiunge ancora che nel Diritto romano la parte penale non acquistò mai aspetto scientifico, cioè non fu mai corpo sistematico di dottrine, cosicchè sia meno incivile in questa parte, di quello che sarebbe nel gius civile, il desumere una dottrina da un passo isolato. Per tutte queste circostanze a noi pare, contro l'avviso del Berner, che la dottrina della inescusabilità dei delitti *natura turpia* per titolo di ignoranza di diritto sia sufficientemente basata nelle fonti romane, come si pensa comunemente, quantunque non la si trovi in termini così generali dichiarata in nessun luogo, lo che del resto hanno sempre concesso i partigiani di quella dottrina (v. Savigny, *ib.*, p. 390).

(1) V. Seeger, p. 46, e Gotofredo, *Comm. al C. I.*, Lione 1665, Vol. 3, pag. 156.

Digitized by Google

Troviamo invece nello stesso Codice Teodosiano, III, 12 *de inc. nupt.*, *const.* 3, e nelle Novelle 12, c. 3, e 129 c. 4 di Giustiniano passi nei quali si attribuisce effetto retroattivo ad una legge penale più mite. Nel primo passo si tolgono retroattivamente le pene stabilite nel cap. 1, *eod. tit.* per certi casi dell'*incestus juris civilis.* Nel secondo, Giustiniano, dopo avere introdotto nuove e più gravi pene per gli incestuosi, soggiunge: *et hoc quidem sequens tempus habeat post praesentem nostram legem currens. Quod vero jam transactum est, nec omnino relinquimus obnoxium, nec omnibus modis sub acerbam indignationem submittimus; sed si quae incestae factae sunt nuptiae, siquidem contigerit eas qualibet modo dissolvi, sine reatu sint.* Nel terzo passo Giustiniano, dopo avere abolito parecchie incapacità civili dei Samariti, attribuisce a questa abolizione effetto retroattivo; e dice: *quum..... in futurum humani simus, quomodo in praeterita cum rigore inquiremus?* Se poi si pon mente ad un passo di S. Ambrogio (*De Abraham patriarcha*, lib. 1, c. 4), riferito anche nel Decreto di Graziano (*caus.* 32, *qu.* 4, *can.* 3), pare che nel quinto secolo dell'êra cristiana il principio della non retroattività della legge penale fosse entrato nel dominio della pubblica opinione. *Poena criminis ex tempore legis est, quae crimen inhibuit, nec ante legem ulla rei damnatio est, sed ex lege.* In termini più chiari e più efficaci non potrebbe certamente quel principio venire espresso.

Noi non troviamo però nelle costituzioni degli Imperatori un passo che si possa paragonare a quello dianzi riferito, il quale esprima e confermi in termini generali il principio della non retroattività delle leggi penali. È un errore in cui caddero la maggior parte degli scrittori, da Bartolo in poi, e che il Seeger ha avvertito pel primo (pag. 47), quello di considerare come una enunciazione di detto principio la L. 1 pr.., D. *De poenis*, desunta dal libro VIII, *Disputationum* di Ulpiano, e la quale dice: *quoties de delicto quaeritur, placuit non eam poenam*

Digitized by Google

subire quem debere, quam conditio ejus admittit eo tempore, quo sententia de eo fertur, sed eam, quam sustineret, si eo tempore esset sententiam passus, quum deliquisset. In questa legge la parola *conditio* non significa già il delitto commesso, o il merito di essere punito, come pur dovrebbe, se essa legge fosse l'enunciazione del principio della non retroattività della legge penale. Quella parola significa piuttosto la condizione personale, o lo stato del delinquente, il quale stato può decidere della scelta della pena da infliggersi, e conseguentemente la legge vuol soltanto dire che al cambiamento di stato del delinquente non si deve aver riguardo nel punirlo, se accadde dopo che il delitto è stato commesso (1). In sostanza la legge in discorso dice bensì che un cambiamento di stato personale, il quale è un cambiamento di mero fatto, posteriore al delitto, non può retroagire fino all'epoca del delitto, ma non già che qualunque altra mutazione di fatto, e molto meno che anche una mutazione di diritto o di legge, sopraggiunta dopo la perpetrazione del delitto, non possa avere effetto sul delinquente al momento in cui gli si infligge la pena.

Poco probabile ci sembra l'opinione di Seeger che la nota L. 7, C. *De legib. et const.* si riferisca anche al diritto penale. Non già perchè la parola *negotium* non si possa applicare anche al processo penale e al delitto, ma perchè il *dare formam* non può esprimere l'effetto della legge penale, mentre esprime invece benissimo quello della legge civile, che i cittadini seguono nel commercio giuridico, dando uno speciale e corrispondente aspetto ai negozi loro. Conforme alla nostra è pur l'opinione dello Zachariae (pag. 30, n. 48).

(1) Ciò è chiarito dal seguito della legge, e in particolare dal § 1°: *proinde si servus crimen commiserit, deinde libertatem consecutus dicetur, eam poenam sustinere debet, quam sustineret si tunc sententiam passus fuisset, quum deliquisset.*

Digitized by Google

CAPITOLO V.

Continuazione.

Il Diritto Canonico.

Un notevole progresso fece il riconoscimento della non retroattività della legge penale mediante il Diritto Canonico.

Un rescritto di Gregorio III, del 593 (cap. I, X, *De constitut.*, 1, 2), dichiara in termini generali che le diminuzioni di diritto, inflitte dalla legge, si possono applicare soltanto a coloro i quali abbiano contravvenuto alla legge. Le pene sono certamente in quel novero, e quindi ad esse pure si riferisce il rescritto del Pontefice. *Quoties novum quid statuit, ita solet futuris formam imponere ut dispendiis praeterita non commendet: ne detrimentum ante prohibitionem possint ignorantes incurrere, quod eos post modum dignum est sustinere.*

Più chiara, ed anzi, come dicemmo poco sopra, più efficace di qualunque altra, è l'enunciazione della non retroattività della legge penale fatta colle parole di S. Ambrogio nella *caus.* 32, *qu.* 4, *con.* 3, e da noi riferite poco sopra (pag. 284).

CAPITOLO VI.

Continuazione.

I giureconsulti italiani dal secolo XIII al XV.

Risorta la giurisprudenza in Italia, i Glossatori pei primi, e dopo di loro i molti commentatori italiani delle leggi romane e canoniche contribuirono non poco a preparare quella *communis opinio* intorno alla retroattività della legge penale, che oggidì si trova sanzionata da quasi tutte le legislazioni posi-

Digitized by Google

tive. Codesto merito dei giureconsulti italiani di quei tempi è stato riconosciuto dal Seeger (pagg. 50, 58 e 68, nota 1) meglio che da altri, e con una imparzialità veramente rara, specialmente in uno scrittore tedesco.

Il principio che la legge penale non possa applicarsi retroattivamente, che in particolare un'azione, non delittuosa quando venne commessa, non possa diventar tale in virtù di una legge posteriore, noi troviamo concordemente insegnato da tutti quei giureconsulti, siano civilisti o canonisti. Il Seeger cita in questo proposito i Glossatori delle Decretali, Enrico de Segusio (*Summa Decret.*, tit. X, *De constit.*, n. 21, *ad v. in futuris etiam arctati*) e Innocenzo IV (al cap. 2 e cap. 2 d. tit.), e fra i Romanisti Giacomo da Belvisio (ad Nov. 117, cap. 1) e Bartolo (*Comm. ad D. de I. et I.*, 1, 9, n. 49-51). Quest'ultimo però limitava quel principio ai soli casi nei quali al momento della perpetrazione del reato fosse comminata una pena ordinaria e condegna, e non una pena differente, maggiore o minore del giusto per motivi particolari, nel qual caso invece egli opinava che si dovesse applicare la legge penale vigente al tempo della sentenza. Tale dottrina di Bartolo ci dice il Seeger (pag. 57) essere stata predominante nel secolo XV, e in conferma di ciò egli cita Giovanni Battista de Caccialupis (*Repet. ad omnes populi*, n. 84), Tudiscus (ad cap. ult. X, *De convit.*, n. 12), Antonio da Butrio (*ib.*, n. 1, 19), Giovanni da Imola (*ib.*, n. 14), Angelo Aretino e Augusto Riminese (*Tract. de malef.*, rubr. *dictum Sempronium*, n. 5-7).

Anche il principio che la legge penale più mite debba applicarsi ai reati anteriori fu per la prima volta compreso ed insegnato da più di un giureconsulto italiano dell'epoca suddetta. Il primo ad insegnarlo fu, secondo il Seeger (pag. 52), Riccardo Malumbrano (1). Questo giureconsulto infatti decise in

(1) Veggasi ALBERICO DA ROSCIATE, *Comm. sup. Cod. ad const. 7 de legg.*, n. 8 e 9 e SAVIGNY, *St. del D. R. nel M. E.*, Vol. VI, pag. 53, ed. ted.

Digitized by Google

tal senso la quistione insorta a Padova, come si dovesse punire una contravvenzione al divieto del commercio del sale con Venezia, commessa mentre la pena comminata era di 100 lire, che erano poi state ridotte a sole 25 prima del giudizio. Bartolo, e prima di lui Giacomo da Belvisio (l. c.), Cino Pistoiese, *Lect. sup. Cod.*, L. 7, *De leg.*), e Alberico da Rosciate (*ad eand. const.*, *eod. tit.*) insegnarono pure che le mitigazioni delle pene già inflitte giovino anche ai condannati alle pene medesime prima che tali mitigazioni fossero state introdotte (1). Più tardi Bartolomeo da Saliceto (*Comm. sup. Cod. ad const.* 7, *De leg.*, n. 2, 3) rimise in onore l'insegnamento del Malumbrano, che era stato dimenticato.

Avverte però il Seeger (p. 57) che questa opinione non fu la prevalente fra i giureconsulti italiani del secolo XV. Piuttosto prevalse in quest'epoca l'opinione che ogni reato si dovesse punire secondo la legge vigente al tempo in cui fosse stato commesso, non avendo riguardo a legge posteriore, la quale avesse accresciuto o diminuito la pena. In questo modo il principio della non retroattività della legge penale veniva inteso nel senso che non fosse maggiormente retroattiva la legge penale più mite che la più severa.

Appunto in questi termini si esprime il Gandino nel *Tractatus de maleficiis* (tit. *De poenis reorum*, n. 17). Quivi è detto che, se una lesione corporale era punita colla multa di 100 lire al momento in cui venne cagionata, questa pena deve essere inflitta al reo, non avendo riguardo ad una legge posteriore che l'abbia accresciuta o diminuita. Tenne pure questa opinione Baldo (*super Decret.*, cap. ult. X, *De constit.*, n. 7), il quale ne addusse per ragione l'essere la pena di diritto positivo, e nella sua forma ed origine determinata dal luogo e dal

(1) Fingono il caso di una legge la quale ammetta la possibilità di riscattarsi dal bando mediante pagamento di una somma di danaro, e questa legge dicono applicabile ai già puniti di bando.

Digitized by Google

tempo. Anche Ranieri di Forlì (*repet. de leg. omnes populi D. de I, et I.*, n. 63) (1) fu dello stesso avviso, e più tardi lo furono Angelo Aretino, e Augusto Riminese e gli altri nominati insieme a questi poco sopra.

CAPITOLO VII.

Continuazione.

I giureconsulti moderni sino alla fine del secolo XVIII.

L'insegnamento dei giureconsulti italiani dal secolo XIII al XV non andò perduto nei tempi successivi. Il grande principio che le leggi penali non sono retroattive, del quale convennero prima i Glossatori, poi Baldo e Bartolo e le loro scuole, ottenne maggior diffusione per opera dei giureconsulti dei secoli XVI e XVII. Egli è bensì vero che il Connano (*Comment. jur. civ.*, lib. 1, c. 9, §§ 9-10) ripetè la dottrina esposta da Cicerone nella seconda *Verrina*, e cercò di appoggiarla anche al diritto giustinianeo, ma la sua opinione, osserva opportunamente il Seeger (p. 50), non venne ripetuta dal Donello (*Comment. jur. civ.*, 1, 5), nè dal Cujacio (*Exposit. novell. ad nov.* 12, 19, 66, 115. Neapol. 1758, t. II, pagg. 1050, 1068, 1110, 1139), e nulla valse contro l'opinione opposta di Mariano Socino (*jun. cons.*, Vol. I, Venet. 1580, cons. 21, ser. 13), del cardinal Tosco (*Conclus. jur.*, concl. 264, n. 35), e del Farinaccio (fragm. *crim. v. lex.*, n. 39), i quali continuarono le tradizioni dei giureconsulti italiani dei secoli precedenti, e colla fama che ottennero pari al valore, furono veramente, e

(1) Ranieri però non ammetteva la retroattività di una legge penale, la quale, in luogo della pena pecuniaria dell'omicidio, avesse accordato la pena capitale (V. Alberico da Rosciate, ad const. 7, *De leg.*, n. 9, § *tertia quaestio*).

Digitized by Google

l'ultimo in ispecie, ristauratori della scienza criminale in Europa.

Il Seeger osserva (p. 60) che fu precisamente sull'autorità dei giureconsulti italiani dianzi nominati, e specialmente del Farinaccio, che il principio della non retroattività della legge penale si introdusse nel secolo decimosesto in Germania. Il Farinaccio trovasi poi citato in una decisione della facoltà giuridica di Tubinga del 1659 (1), e nella Dissertazione di Lynker (Mühlpfort) (2) pubblicata la prima volta a Jena nel 1681.

Lo stesso dicasi del principio che la legge nuova più mite devesi retroattivamente applicare, o che fra due leggi penali differenti, l'una vigente al tempo della perpetrazione del delitto, l'altra al tempo della sentenza, devesi applicare la più mite. Questo principio, intorno al quale non furono concordi i giureconsulti italiani dei secoli precedenti, ebbe nuova autorità dal Socino, dal Tosco e dal Farinaccio, e per opera specialmente di quest'ultimo si fece larga strada e cominciò a prevalere nelle scuole del suo tempo. Le parole del Farinaccio, nelle quali tale principio è espresso, meritano di essere ricordate, poichè non se ne potrebbero immaginare di più chiare e precise.

Lex, constitutio, seu statutum novum, quando minuit poenam statuti antiqui, tunc in imponendis poenis inspiciatur tempus sententiae. Ideo talis poena novae legis, constitutionis seu statuti, imponetur etiam pro delictis praeteritis non punitis.

Tali insegnamenti, che in Italia furono sempre continuati, non potevano cadere in dimenticanza neppure in altri paesi, ma dovevano invece fruttificar dovunque sempre più nei secoli successivi. Quanto alla Germania in particolare, il Seeger cita (pag. 61) molti nomi di criminalisti tedeschi, i quali scrissero nei secoli XVI e XVII, e propugnarono il principio della non

(1) *Cons. Tubing*, Vol. IV, cons. 54, n. 16, 17, ap. SEEGER.
(2) V. Vol. I, pag. 19.

Digitized by Google

retroattività della legge penale, e dice essere già stato nel primo di quei secoli talmente radicato quel principio nell'uso del fôro, che allorquando taluni legislatori vollero applicata retroattivamente qualche legge penale, non mancarono di dichiararlo esplicitamente (1). Anche la retroattività della legge nuova più mite fu accettata generalmente in Germania, benchè non così presto come il principio precedente. Nel secolo XVII essa era entrata nell'uso forense di Sassonia (*ib.*, pag. 63), e fu propugnata dai due più valenti scrittori tedeschi, i quali allora trattarono della retroattività della legge penale, cioè dal Lorenz (*ib.*, pag. 63, 65) nella sua operetta citata nella Bibliografia generale della presente opera (vol. I, p. 19), e dal Quistorp nella quinta edizione (1794) dei suoi *Principii di diritto penale* (§ 5). — Fu sotto l'impero di queste tradizioni che nella Introduzione al Diritto Universale Prussiano venne dichiarata la retroattività della nuova legge penale più mite (§§ 18-20, v. sopra p. 270), e dato un esempio che le legislazioni del nostro secolo, specialmente germaniche, non potevano che imitare, come infatti già vedemmo avere imitato.

Anche nelle altre scuole giuridiche d'Europa i principii in discorso erano nel secolo XVIII generalmente accettati dagli scrittori e dall'uso forense. Che anzi i medesimi diventarono ben presto una mera applicazione di una dottrina più generale, che noi troviamo propugnata dal Voet (*ad Pand.*, l. 3, n. 17) e dal più gran numero dei giureconsulti francesi e olandesi del secolo scorso, e la quale vien riferita non meno al diritto penale che al diritto civile. Alludiamo alla dottrina della retroattività delle leggi favorevoli, e della non retroattività delle leggi odiose, della quale abbiamo già additato (Vol. I, pag. 161) i pericoli ove la si applichi al diritto civile, ed ab-

(1) Una disposizione retroattiva contenuta nel *Capitoli elettorali* di Carlo VII del 1742, diede appunto occasione allo scritto di Reinhardt, citato nella bibliografia generale a pag. 20, Vol. I di quest'opera.

Digitized by Google

biamo anche osservato col Bergmann essere la medesima una delle dottrine transitorie predominanti in Francia. Or si comprende di leggieri come in virtù della dottrina medesima non dovessero tardare ad essere formulati i moderni principii circa la penale retroattività, non appena in Francia od altrove ne fosse data occasione dalla pubblicazione di un Codice speciale intorno ai delitti ed alle pene. Ciò accadde appunto in Francia, come già notammo (v. sopra p. 270-271), quando venne emanato il Codice penale del 1810, cui tenne dietro il decreto del 23 luglio dello stesso anno.

Dai precedenti cenni storici risulta che i tre principii sui quali oggidì riposa la dottrina della retroattività della legge penale, sono di origine al tutto moderna, siccome quelli che, quasi del tutto ignorati dai Romani e da Giustiniano, cominciarono ad essere insegnati dai Glossatori, e poscia, accolti dai criminalisti italiani del secolo XV, si fecero strada e si radicarono a poco a poco nella giurisprudenza di tutti i paesi di Europa (1).

(1) Soltanto nell'Inghilterra e nella Scozia i principii ricevuti da molto tempo sul continente d'Europa non sono stati pienamente accettati. Nell'Inghilterra la responsabilità dei ministri in faccia al Parlamento o vien fatta valere mediante un *bill of attainder*, che è un vero privilegio nel senso romano, oppure mediante processo contraddittorio, dietro accusa (*impeachement*) della Camera dei Comuni, e mediante sentenza della Camera dei Lordi come Corte di giustizia penale, *la quale infligge una pena non comminata prima*. Però ambedue questi procedimenti sono da molto tempo fuori d'uso, e del rimanente è accettato anche in Inghilterra il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Nella Scozia la Suprema Corte di giustizia (*Supreme Criminal Court*) ha il potere di punire con pena arbitraria (ma non capitale, nè di mutilazione) qualunque azione punibile, non contemplata dalle leggi penali (v. Hume, *Comment. on the law of Scotland, respecting crimes*, Edimb. 1819, Vol. I, pag. 12). — Anche in Francia fu violato il principio della non retroattività della legge penale da un Decreto Imperiale del 1° maggio 1812, art. 8, 10, il quale venne dichiarato dalla Corte di cassazione di Parigi, con sentenza del 21 maggio 1847, essere stato posto fuori di vigore dalla Carta costituzionale del 1830 (v. Bottard, *Leçons sur les Codes pénal et d'instr. crim.* all'art. 4 del C. P.). La stessa opinione era anche stata sostenuta dagli avvocati Ledru-Rollin, Pailliet,

Digitized by Google

CAPITOLO VIII.

Delle leggi penali interpretative, e di quelle espressamente retroattive.

Valgono in generale anche pel diritto penale le cose che nella parte generale di quest'opera abbiamo detto (Vol. I, p. 25) intorno alle leggi interpretative, ed a quelle espressamente retroattive. S'intende da sè che tanto la transazione quanto il pagamento, non verificandosi nel campo del gius penale, non possono considerarsi come limiti dell'azione retroattiva della legge penale.

Quanto alle leggi interpretative in particolare, le quali innovino realmente qualche cosa nella legge interpretata, noi crediamo che l'effetto retroattivo dipenda dalla natura della innovazione. Se questa è un aggravamento della legge anteriore, non la si dovrà applicare retroattivamente, sia per le ragioni da noi già addotte in generale per la non retroattività delle interpretazioni innovatrici (v. Vol. I, pag. 28), sia per la ragione speciale che le nuove leggi penali più severe non si possono mai applicare retroattivamente. Ci fa meraviglia che l'accuratissimo Seeger, sostenendo (p. 177) la tesi generale dell'effetto retroattivo delle interpretazioni innovatrici, non siasi accorto che nel caso suddetto quella tesi contraddice a un principio fondamentale e inconcusso della penale retroattività. Che se l'innovazione contenuta nella legge interpretativa è una mitigazione della legge precedente, in questo caso la si applicherà retroattivamente, in omaggio al principio che la nuova legge penale più mite ha effetto retroattivo.

Se una legge penale interpretativa, innovatrice o no, la quale mitiga il disposto che si attribuiva alla legge penale an-

Coffinières, Rachet ed altri nel 1832, avendo il Governo, nel dichiarare lo stato d'assedio in Parigi, considerato come vigente quel decreto imperiale (vedi Seeger, pag. 95, nota 1).

Digitized by Google

teriore, viene emanata dopo che intorno ad un dato reato è uscita e passata in giudicato la sentenza, quale efficacia la medesima possa avere rispetto a questa sentenza, devesi giudicare con principii analoghi a quelli che avremo occasione di esporre più tardi circa l'effetto che hanno in generale le nuove leggi penali sulle sentenze già passate in giudicato.

Leggi penali espressamente retroattive non sono ormai più possibili presso alcun popolo civile, ed è quindi inutile supporle teoricamente.

CAPITOLO IX.

Apprezzamento filosofico dell'odierna dottrina circa la penale retroattività.

Abbiamo già veduto quanto siano concordi le legislazioni e gli scrittori odierni, nel ritenere che la legge penale non può essere retroattiva, e che fra le due leggi, antica e nuova, debbasi la più mite applicare ai reati commessi vigendo la legge antica; abbiamo anche veduto come tali principii siansi venuti lentamente e profondamente radicando nella moderna giurisprudenza. Ora è necessario esaminare se quei principii siano giusti, e in caso affermativo, quali migliori ragioni se ne possano addurre, attesochè quest'ultima disamina sia il solo mezzo onde comprenderne il vero significato e i limiti pratici, e quindi rettamente applicarli.

Tutti gli scrittori i quali hanno trattato con metodo scientifico il problema della retroattività delle leggi penali, sono risaliti ai principii fondamentali del diritto di punire, e dopo avere esposto il proprio modo di pensare intorno a questo argomento, ne hanno desunto, a mo' di corollario, la soluzione di quel problema. Questo metodo non ci sembra sufficiente, ma pur commendevole ed anzi indispensabile, nè ci par difficile il dimostrare l'una cosa e l'altra.

Digitized by Google

Quando si cercano i principii fondamentali della dottrina della retroattività penale, si ha principalmente la mira di apprezzare convenientemente due canoni opposti, oggidì universalmente ricevuti, quello cioè della non retroattività della legge penale più severa, e quello della retroattività della legge penale più mite. Ora egli è manifestamente impossibile che una sola e medesima premessa possa bastare a dar ragione dell'un canone e dell'altro, quando la premessa consista in una dottrina intorno alle ragioni ed allo scopo della pena; imperocchè queste ragioni e questo scopo sono sempre gli stessi, qualunque sia il contenuto della legge penale, trattisi di una legge più severa o di una legge più mite. Una premessa, qualunque ella sia, può bastare soltanto a giustificare l'uno o l'altro di quegli opposti principii, cosicchè ne rimanga sempre uno a dimostrare da un altro punto di vista, e con considerazioni di altra natura.

Qualunque però sia quello dei due principii che dimostrar si possa colla generale teoria intorno alle ragioni ed allo scopo della pena, egli è pure fuori di dubbio che a siffatta dimostrazione non si può rinunciare. Imperocchè, mentre la quantità dell'effetto che alla legge penale devesi attribuire, comprende manifestamente in sè il limite di tempo dal quale devesi cominciare l'applicazione della pena, o fino al quale questa applicazione si può far risalire, la quantità medesima viene ad essere implicita nella dottrina che si professa circa le ragioni e lo scopo della pena. Questa dottrina conduce necessariamente a quella conseguenza, e la seconda non può essere più saldamente stabilita che deducendola dalla prima.

Prima di esporre la nostra opinione intorno alle ragioni e allo scopo della pena, e di applicarla alla dottrina della retroattività penale, stimiamo opportuno lo esporre e lo apprezzare le cose dette su tal proposito dai migliori scrittori.

Digitized by Google

CAPITOLO X.

Continuazione.

Esposizione ed esame di alcune dottrine.

Abegg (pag. 473, 474), Van de Poll (pag. 16) e Meynne (pag. 29-32) affermano che tutte le teorie penali, le quali rappresentano la pena come un mezzo coattivo applicato per raggiungere uno *scopo esteriore*, conducono direttamente alla retroattività della legge penale, quand'anche qualche partigiano di tali teorie (1) abbia voluto sostenere la tesi contraria. Così per es. essi opinano che la teoria della intimidazione esige necessariamente l'applicazione retroattiva di una pena nuova, la quale sia riconosciuta più idonea dell'antica a colpire gli animi e a distorglierli dal delitto collo spavento. Anche la teoria della coazione psicologica, propugnata dal celebre Feuerbach, non può secondo quegli scrittori conciliarsi col principio della non retroattività della legge penale. Imperocchè, dice l'Abegg, essendo dimostrato dall'esperienza che la legge penale anteriore non avea l'efficacia supposta dal precedente legislatore, egli è impossibile che ciò nondimeno si applichi quella legge a chi la infranse per non averne provato un sufficiente effetto coattivo. E il Meynne viene all'istessa conchiusione, osservando che l'applicabilità di una legge nuova più severa, è per se medesima una circostanza che aumenta la pressione della minaccia sull'animo di chi sarebbe disposto a delinquere. I medesimi scrittori sono poi anche d'avviso che la teoria dell'emenda giustifica anzi che condannare la retroattività penale, attesochè la legge nuova e più severa devesi

(1) Abegg colla generalità dei criminalisti tedeschi distingue queste teorie col nome di *relative;* Meynne invece le chiama in generale teorie *utilitarie.*

Digitized by Google

riguardare come mezzo più energico e quindi migliore di ottenere la correzione del delinquente.

Il Meynne in particolare è poi altresì persuaso che le così dette teorie penali assolute, e in particolare quella della espiazione, hanno per corollario inevitabile la retroattività della legge penale. Imperocchè, dice il Meynne (pag. 27), essendo ogni modificazione della penalità una più esatta misura della espiazione, deve necessariamente essere applicata anche a coloro i quali anteriormente alla nuova legge positiva hanno violata la legge morale.

Se le critiche surriferite fossero tutte giuste, la conchiusione sarebbe che tutte quante le teorie intorno ai fondamenti ed allo scopo della pena conducono alla retroattività della legge penale. Rimarrebbe, per conseguenza, inesplicabile coi principii fondamentali della penale filosofia il canone universalmente ricevuto che la legge penale più severa non si possa retroattivamente applicare. Per questo canone bisognerebbe ricorrere a considerazioni di altra natura. Noi però non possiamo sottoscrivere a tutti questi giudizi.

Noi non comprendiamo come la teoria della coazione psicologica abbia per corollario l'applicazione retroattiva della nuova legge penale più severa. Secondo quella teoria invero fu già più volte a buon diritto osservato che, ogniqualvolta un delitto è stato commesso, la pena viene applicata soltanto per provare che la minaccia della pena non era una vana minaccia, e quindi conservarne l'efficacia preventiva mediante coazione sugli animi dei malvagi in avvenire. Or bene questo scopo può benissimo venir raggiunto anche quando la legge penale violata sia stata abolita, ove la si applichi a chi la violò prima dell'abolizione. In questo modo i malvagi sanno che la pena non può mancare ove l'autore del reato sia stato scoperto, e ciò basta perchè si ottenga lo scopo preventivo delle leggi penali, le quali del resto sono sempre soggette a venire abolite o mu-

Digitized by Google

tate. Se la nuova legge penale è riconosciuta più idonea a prevenire il reato mediante la così detta coazione psicologica sui malvagi, la sua efficacia non può dimostrarsi che nell'avvenire, non certo per distogliere dai reati che già sono stati commessi; ma perchè tale efficacia non manchi, ottimo e indispensabile mezzo è il mostrare che lo scoperto autore di un reato non isfugge all'azione della legge penale da lui violata, neppur se questa venga abolita, e quantunque sia stata abolita. — Conveniamo invece coi citati scrittori in ciò che essi dicono rispetto alla teoria della intimidazione, a quella della espiazione, e a quella della correzione, se pur quest'ultima può dirsi teoria penale, lo che noi abbiamo negato in altra scrittura (1).

Per conseguenza noi riteniamo che la retroattività della legge penale più severa è un corollario della teoria della espiazione, e di quella della intimidazione, ma non lo è invece della teoria della coazione psicologica, cosicchè ai fautori delle prime rimane ad apprezzare con ragioni e considerazioni estranee alla vera e propria filosofia penale il canone della non retroattività della legge nuova più severa; ai fautori dell'ultima invece rimane ad apprezzare in tal maniera il canone della retroattività della legge nuova più mite.

Vien confermata questa conclusione dal fatto notato dal Seeger (p. 72) che nella maggior parte delle legislazioni penali germaniche l'applicazione della legge nuova è la regola, e il riguardo alla legge anteriore meno severa è una eccezione, mentre la legislazione penale francese e le altre che la presero per modello, e così pure la generalità degli scrittori francesi tengono opposto pensamento (2). Imperocchè la maggior

(1) Vedi la nostra opera: *Il Pro e il Contro nella quistione della pena di morte*, Pisa, Nistri, 1867.

(2) Il Seeger divide in tre gruppi le legislazioni penali alemanne, nelle quali l'applicazione retroattiva della legge nuova è la regola: 1) quelle che eccettuano da tale regola soltanto i reati, cui era comminata prima una pena più mite; come la Patente bavarese del 16 maggio 1813, la Pa-

Digitized by Google

parte delle legislazioni germaniche fu appunto ispirata dall'uno o dall'altro di quei due principii della intimidazione, e della espiazione, e dal secondo più ancora che dal primo.

Altre teorie, oltre alle accennate, intorno ai fondamenti ed allo scopo della pena non sono state esposte, epperò le varie opinioni intorno alla quistione della retroattività penale si possono ricondurre all'una o all'altra di quelle. Ora noi dobbiamo appunto investigare gli argomenti di cui si sono valsi i più riputati giureconsulti che hanno trattato della retroattività della legge penale, ed hanno dato fondamento teorico alle loro opinioni.

Abegg (pag. 486) pone a fondamento del diritto penale la giustizia. La pena, egli dice, si riferisce alla colpa, e soltanto per mezzo di questa, alla persona del colpevole. Ma la giustizia e la pena, egli dice pure (p. 476), sono racchiuse nel tempo

tente di promulgazione del Codice penale Sassone del 30 marzo 1838, la Patente d'introduzione del Codice penale annoverese dell'agosto 1840; 2) quelle che ammettono l'applicazione della legge anteriore in tutti i casi nei quali è più favorevole al delinquente; come le Patenti di promulgazione pel Vurtemberg del 1° marzo 1839, per Assia Darmstadt del 17 settembre 1841, per Francoforte del 16 settembre 1856, pel regno di Sassonia del 13 agosto 1855, per la Baviera del 1861; 3) quelle che ammettono l'applicazione della legge anteriore per quei reati che sarebbero stati più mitemente repressi, avuto riguardo non solo alla quantità della pena minacciata, ma anche a tutti gli altri elementi del giudizio penale; come le Patenti di promulgazione del 1850 per Weimar, Sondershausen, Rudolfstadt, Gotha ed Anhalt. — Osserva lo stesso scrittore che anche talune leggi penali germaniche considerano l'applicazione della legge anteriore come la regola; per es. la Patente di promulgazione oldemburghese del 10 settembre 1814, quella della Sassonia Altemburg del 3 maggio 1341, quella di Coburgo del 29 novembre 1850, la prussiana del 14 aprile 1851, l'oldemburghese del 6 ottobre 1858. Così pure è di tale avviso la maggior parte dei criminalisti tedeschi, dai quali fu trattata la quistione della retroattività della legge penale; perchè la dottrina di Feuerbach, cioè la dottrina politica della prevenzione o della coazione psicologica, è in sostanza quella che nel nostro secolo ha predominato per molto tempo, e che in molte scuole domina anche oggidì, non meno in Germania che in Francia ed in Italia. Questo fatto venne pure avvertito da noi nella nostra operetta citata sopra a pag. 298, nota 1.

Digitized by Google

e nello spazio, hanno un carattere positivo e storico, e per conseguenza quando una legge ha fissata la pena in relazione alle circostanze dei tempi e ai costumi, devesi applicare questa pena e non altra. In altri termini, la non retroattività della legge penale è per Abegg una esigenza della giustizia, la non retroattività della legge più severa in particolare non è una eccezione, ma una applicazione della regola. Ma anche la retroattività della legge più mite non è per Abegg (p. 481-482) una eccezione, bensì una esigenza della giustizia. Imperocchè non si può, egli dice, continuare ad applicare una legge riconosciuta come troppo severa e quindi ingiusta, quando siasi dato per base al diritto penale la giustizia, e nient'altro che questa. Egli riflette che anche prima che una legge troppo severa venga abolita, si fa grazia frequentemente a coloro che l'hanno violata, cosicchè l'ammettere la retroattività della legge nuova più mite sia nel fatto il più delle volte una soddisfazione della giustizia, voluta dalla pubblica opinione. — Non è sostanzialmente diverso dal ragionamento di Abegg quello di Van de Poll, il quale pure (pag. 16) sostiene non potersi applicare retroattivamente una nuova legge penale più severa, per il motivo che ne fu comminata una più mite, e sostiene (pp. 20, 21, 25) doversi la legge più mite retroattivamente applicare, per non offendere la giustizia che ha condannato l'anterior legge più severa.

Nel riferito ragionamento noi crediamo scorgere più di una inesattezza. Primieramente, dato che la giustizia sia il fondamento del Diritto Penale, e che la giustizia si manifesti nel nel tempo e nello spazio, o in altri termini sia contingente e progressiva, non ci pare venirne la conseguenza che dunque una nuova legge penale, che oggi sembra giusta, come ieri sembrava tale la legge abolita, non si possa senza ingiustizia applicare a chi ha violato la legge di ieri. Imperocchè anche l'individuo progredisce colla società, ed è quindi tenuto ad

Digitized by Google

accettare le convinzioni che ha la società d'oggi, come e perchè egli accettava quelle che la società avea ieri. Che anzi, come ha ben dimostrato il Lassalle, non altro è il fondamento della retroattività d'ogni legge nuova, dovunque non sia violato un diritto quesito, fuorchè l'inseparabilità dell'individuo dalla società nel giudicare dei modi con cui si regolano le umane relazioni. L'Abegg e il Van de Poll avrebbero dovuto piuttosto dimostrare che la legge penale vigente ieri ed abolita oggi, abbia fatto sorgere in chi ieri fu autore di un reato, un vero diritto quesito di non essere giudicato con altra legge, e non accontentarsi di invocare la contingenza della giustizia; la quale contingenza, lungi dall'implicare che la legge o la giustizia di ieri possa sopravvivere alla legge e alla giustizia d'oggi, implica invece che la sola legge o giustizia d'oggi siano meritevoli di questo nome. Un'altra inesattezza ci pare aver commesso l'Abegg, adducendo le ragioni della giustizia per approvare la retroattività della nuova legge penale più mite, dopo avere affermato che la giustizia è contingente, e che ogni tempo deve essere governato da quei precetti che in esso paiono giusti. Imperocchè a noi pure sembra, come già ebbe ad osservare su questo proposito lo stesso Van de Poll (pag. 27), che, tale essendo la natura della giustizia, non sia più facile il giustificare la retroattività della legge nuova più mite, che il giustificar quella della legge nuova più severa. In conchiusione, noi crediamo non essere riuscito all'Abegg nè al Van de Poll il dimostrare che da una teoria penale, basata sull'idea della giustizia, non discenda il canone della retroattività della legge penale, come tanti altri scrittori hanno pensato.

Dopo la dottrina esaminata dianzi, noi non ne troviamo altra il cui aspetto sia tanto scientifico come quella del Seeger.

Il Seeger si diparte (pag. 82) dalla premessa che il magistero penale dello Stato deve essere informato da due principii: la *giustizia* e la *legalità*, essendo giusto ciò che si conforma ai

Digitized by Google

dettami giuridici razionali, legale ciò che ha il suo fondamento nell'ordine giuridico stabilito. Da ciò egli inferisce (pag. 85) che nello stabilire le regole relative alla retroattività della legge penale bisogna accuratamente distinguere l'ufficio del legislatore da quello del giudice. Rispetto al legislatore, egli osserva (pag. 83) che il bisogno della legalità circoscrive nella pratica applicazione quello della giustizia, e che il legislatore può seguire le esigenze della giustizia penale soltanto a condizione di non applicare mai una data legge penale ad un fatto colpito da un'altra legge anteriore meno severa. Di qui egli deduce facilmente (pag. 84) che la legge nuova debbasi applicare ai reati anteriori soltanto ove non sia più severa della legge anteriore; che se le due leggi siano di differente severità, debbasi applicare la legge più mite, sia questa l'anteriore o la nuova. Egli conferma questa proposizione coll'osservare (pag. 82, 86, 92) che, se non fosse l'ostacolo del principio della legalità, ogni nuova legge penale dovrebbesi applicare a tutti quanti i casi penali che ancora rimanessero a decidere, surti prima o dopo l'attuazione della legge nuova, e tanto rispetto agli uni quanto rispetto agli altri l'applicazione di questa legge cadrebbe sempre nel futuro, essendo l'esecuzione della pena il vero effetto di questa (pag. 94). Le nuove leggi penali, egli osserva, sono suggerite dalla persuasione del legislatore che o l'entità morale del reato non era stata bene apprezzata dalla legge anteriore, oppure che gli effetti giuridici della pena verranno meglio raggiunti colla pena comminata dalla legge nuova, che non con quella comminata dalla legge antica; nell'un caso e nell'altro la giustizia, cioè il giusto scopo della pena, vorrebbe che la legge nuova venisse immediatamente applicata a tutti quanti i reati che non fossero ancora stati seguiti da punizione. — Rispetto al giudice, il Seeger anzitutto afferma (p. 113) che egli deve prima di ogni altra cosa, rintracciare nella legge nuova i limiti che il legislatore abbia

Digitized by Google

inteso assegnare all'applicazione di essa. Per regola generale però il giudice deve, secondo il Seeger, applicare la legge vigente quando si avverò il caso sottoposto alla sua decisione, e quindi nelle materie penali la legge anteriore, se il reato fu commesso sotto l'impero di questa (pag. 114). Ma da tal regola deduce poi il Seeger conseguenze identiche ai canoni esposti prima rispetto al legislatore. Imperocchè egli soggiunge (pag. 114) che il giudice può applicare la legge nuova invece dell'antica, ove ci siano ragioni sufficienti di così operare, e queste ragioni sono quei medesimi riguardi dai quali deve essere guidato il legislatore, cioè la giustizia non scompagnata dalla legalità. In conclusione pare a noi di poter dire che per il Seeger la legalità è la sola causa della non retroattività della legge penale; che alla legalità si oppone la giustizia, la quale nel caso di legge nuova più mite esige invece la retroattività, e che la giustizia viene interpretata direttamente dal legislatore, e soltanto indirettamente dal giudice, in quanto questi interpreta direttamente l'intenzione del legislatore. — Completa poi il Seeger (pag. 94-99) la sua dottrina col dare la debita importanza alle ragioni estrinseche, assegnate comunemente alla non retroattività della legge penale, e che egli dice provenire dalle idee moderne intorno al diritto, quali sono l'intangibilità della personalità umana dall'arbitrio dello Stato, e la sicurezza della libertà civile, alle quali ragioni egli aggiunge anche il riflesso che, siccome la pena dovrebbe tener dietro immediatamente al delitto, e il contrario suole accadere soltanto per l'imperfezione delle umane istituzioni, così non è giusto che questo ritardo si converta in maggior danno del delinquente, se durante il medesimo venne emanata una legge nuova più severa.

Riflettendo su questa dottrina di Seeger, ci pare che con una più profonda analisi le si possa dare un aspetto più semplice e più chiaro. Quella distinzione dell'ufficio del legislatore

Digitized by Google

da quello del giudice non ci pare opportuna mentre si tratta di stabilire principii teorici intorno all'effetto retroattivo della legge penale. Ci pare evidente che, nel difetto di canoni positivi su tale argomento, la situazione del legislatore che li cerca, sia identica a quella del giudice che deve supplire al silenzio del legislatore. E infatti l'autore finisce col dichiarare che il giudice viene in quella materia allo stesso risultato, cui viene il legislatore, quantunque l'uno e l'altro si dipartano, a suo avviso, da un punto di vista differente. Del resto l'asserzione che il giudice debba di regola applicare la legge che è stata violata, non ci sembra d'importanza decisiva, essendo ugualmente certo che il giudice deve applicare la legge vigente, e, trattandosi appunto di determinare se questa o quella legge debba essere di preferenza applicata, la qual quistione è la stessa pel legislatore e pel giudice. Neppur ci sembra abbastanza chiaro il concetto del Seeger intorno alla legalità, da lui contrapposta alla giustizia. Che la legalità consista nell'applicazione della legge esistente, è cosa evidente, ma che, trovandosi in presenza l'una dell'altra due leggi, l'una del tempo in cui il reato fu commesso, l'altra vigente al tempo del giudizio, la legalità consista nell'applicare di preferenza la prima legge, non è cosa evidente, e che il Seeger non dimostra. Secondo il comune intendimento, la legalità è intesa in quel secondo modo precisamente per quelle ragioni di rispetto alla libertà e alla personalità umana, d'ordine e di sicurezza, che il Seeger ha bensì ricordate, ma dichiarandole estranee all'essenza della sua dottrina. In conclusione, ci pare che questa dottrina, schiarita e semplificata, si risolva nel ritenere, che, secondo le esigenze della giustizia, ogni legge penale debba essere retroattiva, e che a questo principio si faccia eccezione, per ragioni di sociale convenienza, rispetto alle leggi nuove più severe delle precedenti abolite.

Digitized by Google

CAPITOLO XI.

Continuazione.

Gli altri scrittori che hanno trattato dell'effetto retroattivo della legge penale, sia in pubblicazioni speciali, sia in opere più estese, o non hanno approfondite le ragioni filosofiche delle loro opinioni, oppure si sono accontentati di quelle ragioni che rifulgono al senso comune, od anche hanno rinunciato a giustificare le opinioni loro, confidando nell' evidenza delle medesime. Noi ci limiteremo a passare in rivista gli scrittori principali.

Il Weber, toccando di volo l'attuale argomento nel suo breve trattato intorno alla retroattività in generale (pag. 125-128), dice essere evidente che nessuno possa venir colpito da una pena che non era comminata, o non tanto grave, al momento del suo agire. Che se viene emanata una nuova legge penale più mite, questa si applicherà anche ai reati anteriori, perchè, dic'egli, l'accusato potrebbe lagnarsi a buon diritto se si vedesse applicare una pena che il legislatore riconobbe per ingiusta, o per troppo grave.

Lo Zachariae (pagina 12) deduce la non retroattività della legge penale più severa dalla necessità di tutelare il cittadino contro l'arbitrio del legislatore, non permettendo che questi si arroghi verso di quello maggiori diritti che non gli accordava la legge che è stata sinora in vigore. Non investiga poi lo Zachariae se, indipendentemente dalla possibilità dell'accennato abuso, lo Stato avrebbe o no per sua natura il diritto di esigere una pena più grave, ma più conforme a giustizia, dall'autore di un reato commesso vigendo una legge penale più mite, e neppure indaga se la retroattività della legge penale più mite, già implicita nell'anzidetto principio, sia o no la conseguenza, e la sola conseguenza rimasta possibile, del più generale prin-

Digitized by Google

cipio che la legge penale sia di regola retroattiva, siccome pur logicamente sembrerebbe. Aggiunge (p. 34-36) per confermare il canone della retroattività della nuova legge penale più mite, che i mezzi col quale lo Stato conserva il proprio essere debbono avere il carattere di necessari, e non di superiori alla vera necessità, e che i reati non si possono punire se non in ragione del pericolo che essi cagionano alla società nel momento della punizione. E qui non investiga se queste ragioni, applicate alla nuova legge penale più severa, non potrebbero per avventura venir ritorte contro il principio della non retroattività della medesima.

Il Blondeau (n. 9) dimostra la non retroattività della legge penale più severa col riflesso che la legge nuova non ha pronunciato pena più grave se non per prevenire più sicuramente il delitto, il quale effetto non può essere raggiunto se non rispetto ai delitti futuri; e dimostra la retroattività della legge più mite col riflesso che, trovata sufficiente una pena più mite, non vi ha più nessun vantaggio da conseguire applicando la pena maggiore ordinata dalla legge anteriore. Egli poi non investiga se per avventura lo scopo della prevenzione, che non basta a giustificare la retroattività della nuova legge più severa, non esiga per converso la non retroattività della nuova legge più mite, e se col contrario principio non si perda per avventura il vantaggio di rendere più sicura la prevenzione e di togliere ai malvagi la speranza di potere in nessun modo sfuggire alla pena minacciata dalla legge.

Il Van De Poll (pag. 16) dimostra la non retroattività della legge penale più severa, e la retroattività della legge penale più mite, dipartendosi dal concetto del diritto della società alla pena. Questo diritto, egli dice, sorge dalla comminazione della pena; non può quindi la nuova legge penale più severa essere applicata a coloro cui non fu comminata. Ma la nuova legge penale più mite deve essere applicata retroattivamente, perchè

Digitized by Google

(p. 19) s'intende che la società abbia implicitamente rinunziato al diritto che le verrebbe dalla legge anteriore abolita. Non ha però riflettuto questo scrittore che la seconda sua proposizione è gratuita finchè non venga dimostrata, e che le ragioni colle quali si dovrebbe dimostrarla sarebbero le vere e proprie ragioni della retroattività della nuova legge penale più mite. E quanto alla prima proposizione non ha preveduto il Van De Poll le facili obbiezioni che si possono fare a quel suo concetto del diritto dello Stato alla pena. Imperocchè lo Stato non ha soltanto diritto, ma anche dovere di punire, e questo dovere è il primo fondamento di quel diritto; quali poi siano le ragioni per le quali quel diritto dello Stato, che di sua natura, come ben dice lo Zachariae (p. 8), è tutto a danno del delinquente, debba essere limitato a ciò che sia già stato comminato dalla legge, il Van De Poll non dice, e non si avvede che queste dovrebbero essere le vere ragioni di quella non retroattività.

Il Berner (p. 50-51) non dà altra ragione della non retroattività della nuova legge penale più severa, fuorchè i pericoli che altrimenti correrebbe la libertà del cittadino di fronte allo Stato; dimostra la retroattività della nuova legge penale più mite col riflesso che non potrebbe lo Stato applicare la legge anteriore più severa, senza contraddire alla sua persuasione circa l'inammissibilità di quella legge. Ma il Berner dice altresì (*ib.*) che *formalmente* la retroattività della nuova legge penale più mite non sarebbe giustificata, e dovrebbesi invece applicare la legge anteriore più severa. Non spiega poi in che senso egli intenda la espressione *formalmente*, e perchè vi connetta quella sentenza. Può darsi che in altri termini quella proposizione di Berner si risolva nel dire che sarebbe più conforme ai principii generali il negare la retroattività della nuova legge penale più mite, e che sia appunto regola quella già additata come tale dal Seeger, di applicare in ogni caso quella legge penale che è stata violata col delitto. Ma in questa supposizione anche il

Digitized by Google

principio della non retroattività della nuova legge penale più severa avrebbe potuto essere dimostrato con un'altra ragione oltre quella addotta dal Berner. In ogni caso la mentovata riserva che questo scrittore ha fatta, accenna ad un ordine di considerazioni, mancando le quali, la sua argomentazione rimane sconnessa ed incompleta.

Meynne si diparte dalla giusta premessa che ogni nuova legge penale sia da reputarsi migliore della precedente. Questa premessa condurrebbe evidentemente di per sè sola alla retroattività di tutte quante le nuove leggi penali, e il Meynne non esita a dar questo fondamento alla retroattività della legge penale più mite (pag. 40). Ma rispetto alle nuove leggi penali più severe egli oppone alla detta premessa l'altra (pag. 38) che, per essere necessaria, la pena deve essere conosciuta al momento del fatto. A nostro avviso l'autore avrebbe dovuto riflettere che, dimostrata una volta insufficiente la sua premessa ad escludere la non retroattività della nuova legge penale più severa, rimane scossa la fiducia nella premessa medesima in quanto serve di principale fondamento alla retroattività della nuova legge penale più mite. Egli è vero che il Meynne soggiunge essere un'altra ragione di tale retroattività la cessata necessità della pena comminata dalla legge precedente, ma perchè questo argomento avesse molta efficacia bisognerebbe che egli dimostrasse non potersi collo stesso argomento giustificare la retroattività della nuova legge penale più severa. Imperocchè tanto prova la nuova legge più mite non essere più necessaria la maggior pena inflitta dalla legge antica, quanto la nuova legge penale più severa prova la sopraggiunta necessità di aggravare la minor pena che la legge antica comminava.

Il Merlin (l. c., voce *Lois*, § 9, n. 5, § 10, n. 2; voce *Peine*, n. 9) ritiene come regola generale che si debba applicare la legge vigente al tempo in cui il reato fu commesso, e di questa regola dà per ragione l'utile dei delinquenti, i quali vengono

Digitized by Google

ad essere così preservati dall'applicazione di una nuova legge penale più severa. La retroattività poi della nuova legge penale più mite egli dimostra col riflettere che altrimenti il principio della non retroattività della legge penale, introdotto a favore degli accusati, si convertirebbe in loro danno, e che una legge penale è ingiustamente retroattiva allora soltanto che essa vuol influire sul passato a danno di coloro che sono oggetto delle sue disposizioni. Questa dottrina ci pare la meno scientifica di quante abbiamo sin qui riferite. L'autore invero non ricerca le ragioni per le quali il vantaggio del delinquente debba avere tutta quella pratica importanza che egli vi attribuisce; non ricerca se un cosiffatto riguardo, del tutto pratico, limiti per avventura qualche altro principio più generale, il quale avrebbe potuto essere posto a base e punto di partenza della sua dottrina.

Neppure il Dalloz fornisce una dimostrazione scientifica dei due principii di cui andiamo discorrendo. La non retroattività della nuova legge penale più severa egli deduce (n. 365) dal rispetto della libertà, e la retroattività della nuova legge penale più mite giustifica colle parole del Blondeau, la cui dottrina abbiamo esposta poco sopra.

CAPITOLO XII.

Nostra Dottrina.

L'esame delle varie dottrine esposte intorno alla penale retroattività, e ai tre principii fondamentali che in questa materia sono oggidì universalmente professati dalla pubblica opinione e dalle legislazioni, fu una riprova convincente di una nostra precedente affermazione, del non potersi cioè con quella qualunque teoria che si professi intorno alla pena in generale, render ragione sì della non retroattività della nuova legge pe-

Digitized by Google

nale più severa, che della retroattività della nuova legge penale più mite. Che però nello studiare questa materia si debba risalire ai più generali principii della filosofia penale, e dipartirsi da questi, noi abbiamo pure avvertito, per il motivo che, dovendosi in ogni ricerca rivolgere il pensiero al più lontano punto di partenza cui la medesima si possa ricondurre, in questa della penale retroattività quel più lontano punto non può essere altro che la natura e l'intento medesimo della pena.

Non crediamo necessario di esporre largamente in questa occasione il nostro modo di vedere intorno ai fondamenti ed allo scopo della pena, avendolo già fatto in altra pubblicazione (1), alla quale ci permettiamo di rinviare nuovamente il nostro lettore, e della quale ci limitiamo qui a riepilogare brevemente le più essenziali conchiusioni, che fanno al caso presente.

Per noi la filosofia penale non può essere ristaurata oggidì, fuorchè dandole per fondamento la conciliazione della teoria morale della pena colla teoria politica, fra le quali ci sembrano finora dividersi la maggior parte degli scrittori. Primo a comprendere questo bisogno fu il Rossi, il cui esempio venne seguìto da una intiera scuola di criminalisti, come il De Broglie Hélie, Haus, Trébutien, Bekker (*Theor. d. heut. deuts. Strafr.*), Bertauld; ma noi ci permettiamo di credere che il bisogno non sia stato ancor pienamente soddisfatto. Per noi quella conciliazione non può essere ottenuta, se non coll'intendere e col dimostrare che quelle due teorie si completano e si fondono insieme, e prima di tutto coll'intendere e col dimostrare che il concetto dell'*ordine morale di relazione* è tutt'uno con quello dell'ordine civile o sociale. La pena è rivendicazione e ristabilimento dell'ordine morale, e non ha altra misura fuorchè la stessa entità morale del delitto, in se medesimo considerato

(1) *Il Pro ed il Contro nella quistione della pena di morte*, Pisa, Nistri, 1867.

Digitized by Google

e in relazione al suo autore; ma in pari tempo, e nella stessa misura essa è difesa dell'ordine sociale, prevenzione del delitto, e intimidazione dei malvagi, perchè l'ordine morale di relazione non ha altro scopo fuorchè il bene e la sicurezza della società, e la morale necessità della espiazione penale non ha senso nè ragione fuorchè come mezzo di sanzionare le leggi morali della convivenza, che sono le stesse esigenze dell'ordine e della legge civile. Le esigenze dell'ordine morale e dell'ordine civile sono in pari tempo sentite, e propriamente nella loro identità, da ogni uomo appena educato; epperò la pena fu pure sempre sentita come una soddisfazione resa alla coscienza morale del popolo.

Codesta dottrina ci sembra mettere d'accordo la teoria colla pratica in materia di pene, attesochè da una parte i legislatori e i giudici errerebbero nel vuoto, se nel commisurare le pene non seguissero il criterio dell'entità morale del delitto, dall'altra il popolo non ha mai compresa nè trovata giusta una pena, fuorchè intendendola come una giusta espiazione del delitto. Ben si può dire che non sono mancati mai propugnatori della sovranità delle idee morali nella penale filosofia, e gli stessi cultori della dottrina della penale retroattività hanno certamente questo merito; fra gli altri, l'Abegg, lo Zachariae, il Meynne (v. special, p. 34-35) e il Seeger. Quest'ultimo anzi ci sembra professare opinioni molto affini a quelle da noi consegnate nel citato nostro scritto (1).

Dalla esposta dottrina penale, facile e chiara è l'illazione circa la quistione della penale retroattività. Se la pena è anzi-

(1) Egli dice, per es. (p. 86), che rispetto ai crimini propriamente detti, il legislatore considera l'intrinseca malvagità dell'azione, sia in se stessa, sia in relazione a circostanze passeggiere e contingenti, ma poi soggiunge che queste ultime hanno così poca importanza in confronto dell'intrinseca malvagità nella maggior parte dei casi, che in sostanza una e sempre la stessa è la quantità del reato, la quale soltanto viene in differenti maniere apprezzata dall'antica e dalla nuova legge.

Digitized by Google

tutto e sostanzialmente una esigenza dell'ordine morale, e trova anzitutto la sua misura nella quantità morale del delitto, ne consegue che ogni legge penale deve essere applicata a tutti coloro i quali si trovano aver commesso un delitto da essa contemplato, e che sia veramente tale di fronte ai principii morali ed al sentimento morale della nazione. Sia pure la nuova legge penale più severa della precedente, sia anche un dato delitto contemplato per la prima volta dalla legge; siccome l'anteriore mitezza, o l'anteriore silenzio del legislatore non era conforme a giustizia, in quanto la giustizia dalla morale non si separa, non può essere neppur giusto che se ne tenga conto dopo che l'ingiustizia è stata conosciuta; e siccome il sentimento morale del popolo dovette pur essere offeso da quella indulgenza o da quel silenzio, così nessuno si può lagnare che la legge nuova venga retroattivamente applicata, quasi gli si faccia con ciò sorpresa inaspettata e spiacevole. Nè vale rispetto al secondo caso l'obbiezione che, se già ci fosse stata la legge che ora viene emanata per la prima volta, qualche delinquente sarebbesi astenuto dal reato; imperocchè l'aspettazione del male come effetto del delitto è talmente imposta dalla morale, e naturalmente radicata in ognuno, che nella poco verisimile ipotesi della totale mancanza di pena per un reato moralmente grave, ognuno saprebbe di dover temere dalla società stessa quella meritata retribuzione che lo Stato non gli avrebbe minacciata. Retroattività della legge penale, sia che questa contempli un reato finora impunito, o sia che soltanto aggravi la pena statuita da una legge precedente; retroattività della nuova legge penale più mite: queste sono per noi altrettante conseguenze, e tutte ugualmente sicure, dei principii che professiamo circa le ragioni e lo scopo della pena.

In altri termini, la retroattività della nuova legge penale più mite è il solo degli odierni canoni relativi alla penale retroattività, che sembri a noi discendere dai principii fondamentali

Digitized by Google

della filosofia penale. Gli altri non ci sembrano potersi dimostrare che con ragioni estranee alla penale filosofia, e contraddicendo ai dettami di questa.

Prima di procedere oltre, ci piace l'osservare come le suesposte proposizioni ricevano non piccola conferma dalla testimonianza della storia. Non per altro motivo invero noi comprendiamo che il principio della non retroattività della legge penale, non sia stato così nettamente formulato dai Romani, e dallo stesso imperatore Giustiniano, come lo è dai moderni, se non perchè il contrario principio sia il più conforme a quella dottrina morale della pena, o dottrina della espiazione, che appunto la storia del diritto penale ci attesta essere stata più vivamente sentito, e avere esercitato impero esclusivo e perfino esagerato nelle prime società. Ci voleva necessariamente molto tempo affinchè i più comprendessero le gravi ragioni di politica prudenza, sulle quali in parte si fonda la moderna teoria della penale retroattività.

Riprendendo ora il filo dianzi interrotto, dobbiamo osservare che non rade volte i principii di rigorosa giustizia patiscono nell'ordinamento dell'umana società limitazioni, suggerite dalla vista di pratici inconvenienti abbastanza gravi, che dalla applicazione di quei principii conseguirebbero. Siffatte limitazioni hanno persin dato origine a quel dettato comune, che nel governo della società non vi hanno principii assoluti. Vi ha però a nostro credere una condizione, senza della quale chi ammetta in generale potersi eccezionalmente sospendere i principii fondamentali dell'ordine sociale, corre talvolta pericolo di scuotere la fede nei principii medesimi. Deve la eccezione colpire non la totale e immediata applicazione del principio, ma soltanto qualche più o meno lontana sua conseguenza. Imperocchè le conseguenze di questo genere, riferendosi a qualche fatto che nella enunciazione generale del principio non è contenuto, ma ne suole accompagnare l'applicazione,

Digitized by Google

danno ragionevole occasione di contemperare il principio con riguardi di altra natura, i quali, lungi dal lederlo, servono a completarlo.

Queste considerazioni convengono perfettamente al principio della retroattività di tutte quante le nuove leggi penali, che noi deducemmo dianzi della ragione e dallo scopo della pena. Vi hanno invero altre ragioni, estranee alla penale filosofia, cioè del tutto pratiche, ma sufficienti, per esigere in taluni casi la non retroattività della nuova legge penale.

Su questo proposito noi non possiamo esitare un istante a far nostro ciò che da tanto tempo e con tanta uniformità è stato sentito e insegnato dai popoli e dagli scrittori. Sarebbe un gravissimo abuso del principio della retroattività della legge penale, il creare delitti nuovi, o l'accrescere la severità delle pene al solo scopo di vendicarsi e di sfogare odii e passioni di partito. Eppure la natura umana e l'esperienza delle cose pubbliche persuadono pur troppo della possibilità di siffatti abusi, e della necessità di prevenirli con opportuni provvedimenti, che sono preziose e indispensabili guarentigie della libertà, dell'onore, della vita, in una parola dei diritti naturali dell'individuo di fronte allo Stato. Tutte le franchigie costituzionali sono limitazioni e restrizioni di principii teorici, e ciò nondimeno, e ad onta del tempo che ci volle perchè le civili nazioni le conquistassero, sono fra le cose più sante della società moderna; la non retroattività della legge penale più severa, oppure concernente un reato finora impunito, merita certamente di essere annoverata fra quelle franchigie. Ottimamente fecero quei legislatori e popoli i quali iscrissero il grande principio della non retroattività della legge penale nei così detti Statuti fondamentali o Carte costituzionali; il loro esempio dovrebbe essere imitato da tutti gli altri (1).

In conchiusione, dei tre canoni tante volte mentovati, sui

(1) V. Vol. I, pag. 51.

Digitized by Google

quali riposa generalmente ai dì nostri la dottrina della penale retroattività, soltanto quello della retroattività della legge più mite è per noi basato sui principii fondamentali della penale filosofia; gli altri due: che un delitto nuovamente contemplato dal legislatore non possa imputarsi a chi agì prima di questa legge, — che una nuova legge penale più severa non si possa applicare a chi commise un delitto sotto l'impero di una anteriore legge penale più mite, sono per noi principii indimostrabili con quei principii, e soltanto dimostrabili con pratici riguardi ai pericoli ed alle necessarie guarentigie della civile libertà, ma in questo modo pienamente e incrollabilmente giustificati.

Che se i canoni in discorso non hanno tutti filosofica necessità, nè sono filosoficamente connessi fra di loro, noi crediamo tuttavia che si possano praticamente riunire nella formula seguente:

Se vi ha differenza fra la legge penale anteriore e la nuova, un'azione commessa prima della attuazione della legge nuova, ma sottoposta a giudizio posteriormente, deve essere giudicata con quella fra le due leggi penali che nel confronto apparisce più mite.

Questa formula racchiude veramente i tre principii solitamente annoverati nella dottrina della penale retroattività. La differenza invero fra le due leggi può tanto consistere nell'ignorar l'una di esse, mentre l'altra contempla, l'azione di cui si tratta, e maggior mitezza può dirsi non solo di quella legge che commina una pena minore, ma eziandio di quella che non ne commina nessuna.

Digitized by Google

CAPITOLO XIII.

Delle leggi criminali propriamente dette e delle leggi di polizia.

Nelle precedenti nostre considerazioni noi abbiamo sempre ragionato della legge penale in generale, senza distinguere le leggi concernenti i crimini propriamente detti, e quelle concernenti i minori reati, cioè i delitti e le contravvenzioni. Noi riteniamo però non poter essere dubbio che le ragioni per cui delle due leggi, antica e nuova, si deve applicare di preferenza la legge più mite, convengono a tutti quanti reati di qualunque categoria, e per conseguenza che quel principio governa non soltanto la retroattività delle leggi criminali propriamente dette, ma eziandio quella delle leggi di polizia. Che anzi rispetto alle leggi di quest'ultima specie, che non dalla morale sono principalmente suggerite, ma piuttosto dall'opportunità e da circostanze contingenti e passeggiere, le ragioni pratiche del principio della non retroattività della legge penale sono le sole per le quali l'applicazione loro non possa essere retroattiva.

Parecchie sentenze di tribunali furono suggerite dall'esposto principio. La Cassazione di Bruxelles con una decisione del 28 novembre 1853 (1) dichiarò che le disposizioni del Decreto Reale del 2 novembre 1849 sulla polizia degli stabilimenti pericolosi, insalubri o incomodi non era applicabile ai depositi d'ossa di animali che già esistevano prima della sua promulgazione. La Corte d'appello di Gand con sua decisione del 15 febbraio 1853 (2) avea pur statuito la stessa massima prima della Cassazione, soggiungendo che la preventiva concessione sarebbe stata necessaria per quegli stabilimenti, sol-

(1) *Pasicr. Belge*, 1854, 39.
(2) *Ib.*, 1863, 124.

Digitized by Google

tanto se avessero subito cambiamenti che avessero potuto influire sugli effetti della lavorazione circa la salubrità pubblica o interna, o danneggiare i vicini. Vuolsi però osservare che la legge di polizia, mentre non può essere applicata ad atti e fatti compiuti prima che entrasse in vigore, può tuttavia interdire la continuazione e la conservazione di quegli atti e fatti; al quale capo ove si contravvenga, la legge di polizia non applicasi retroattivamente, ma bensì ad un fatto compiuto sotto il suo impero. Per tal motivo la Cassazione di Parigi con sentenza 9 dicembre 1836 (1) decise non potersi dopo la legge 9 settembre 1835 esporre nè vendere incisioni e fotografie già prima regolarmente pubblicate, senza l'autorizzazione prescritta dall'art. 20 di detta legge, e la Cassazione di Bruxelles con decisioni del 10 febbraio 1851 e del 2 agosto 1851 (2) non ammise il ricorso a titolo di ingiusta retroattività contro una sentenza appellatoria, nella quale a certi pozzi costruiti in certe condizioni prima di un regolamento di polizia che li proibiva, era stato applicato questo regolamento, ordinandone la distruzione. Che poi anche la scelta della pena più mite sia regola applicabile alle leggi penali di polizia, è pure un principio confermato dalla pratica giurisprudenza, e per es. da una sentenza della Corte d'appello di Pau (3), la quale dichiarò non potere un fatto che sarebbe stato delitto di pesca secondo una legislazione anteriore, essere considerato tale mentre nella legge attuale ha cessato di esserlo.

(1) *Pasicr.*, 2ª serie, *C. de Cass.*, Vol. 19, pag. 32.
(2) *Ib.*, 185; 1851, 1502, 13.
(3) Ap. Dalloz, v° *Lois*, n. 369.

Digitized by Google

CAPITOLO XIV.

Continuazione.

Delle leggi passeggiere di polizia.

Quantunque in tesi generale le leggi penali di polizia non siano maggiormente retroattive delle leggi criminali, non vuolsi però perder di vista che in alcuni casi e per una classe di esse vero è piuttosto il contrario. Tali sono le leggi di polizia emanate in vista di circostanze passeggiere, e che *soltanto per un certo tempo a*) costituiscono un nuovo reato, oppure *b*) aumentano una pena esistente. Queste due ipotesi vogliono essere separatamente considerate.

Se la legge di polizia ha costituito temporariamente un nuovo reato, decorso il tempo in cui la legge doveva aver vigore, e cessata la possibilità dell'atto da essa contemplato, coloro i quali la violarono e non furono giudicati quando la legge era in vigore, possono ancora essere sottoposti a processo e giudicati a tenore della medesima. È questa una osservazione fatta dal Seeger (p. 53, 91, 117, 118) (1), e, a detta del medesimo, prima di lui e anche prima di tutti, dal Bekker, e la quale trova anche appoggio nella giurisprudenza.

Se per es. nella imminenza di una guerra venisse proibita sotto pena l'esportazione delle polveri piriche dallo Stato, chi può dubitare che la pena sarebbe dovuta da chi infranse quel divieto, anche dopo che il medesimo fosse stato tolto e l'esportazione fosse ridiventata libera? Imperocchè qualunque legge penale, nella quale la rivocazione del divieto sia prestabilita dopo

(1) Il Seeger (pag. 53, nota 1), applicando questo principio, disapprova la decisione data dal Malumbrano in un caso da noi riferito sopra.

Digitized by Google

un certo tempo o al verificarsi di un certo avvenimento, oppure la necessità della rivocazione sia implicita nella stessa indole del divieto, se quel principio non fosse accettato, diverrebbe in gran parte illusoria, siccome quella che di sua natura non può facilmente venire applicata prima della sua rivocazione, a tutti coloro che l'abbiano violata. Ben si può dir quindi che la retroattività è insita nella stessa natura delle leggi in discorso, e che queste formano una vera ed unica eccezione al principio generale della non retroattività delle leggi penali di polizia.

La giurisprudenza, come dicemmo, diede più di una volta effetto retroattivo a leggi della specie di cui ragioniamo. Il Seeger (p. 91, nota 2) cita in questo proposito due decisioni del Tribunale superiore di Prussia, l'una del 1° dicembre 1853 (1), l'altra del 18 gennaio 1855 (2). Anche la Cassazione di Parigi in una sentenza del 4 ottobre 1849 (3) fu ispirata dai precedenti riflessi, decidendo che le contravvenzioni al Decreto 9 agosto 1848 e a quello del 23 aprile 1849, i quali aveano conservato fino al 1° agosto 1849 l'obbligo dei proprietari di giornali di dar cauzione, potevano essere punite anche dopo quest'ultima epoca.

Noi non possiamo però approvare l'opinione di Seeger (p. 117, nota 2, p. 118, n. 1), che questo autore ci dice anche essere stata molte volte abbracciata dal Superior Tribunale di

(1) V. Goltdammer, *Archiv*, Vol. II, pag. 112. In questa decisione si danno i seguenti motivi del principio della non retroattività penale: « se il legislatore mitiga o toglie affatto le esistenti leggi penali, sia per mutata convinzione giuridica, sia per riguardi di umanità, o perchè si è convinto che per una certa specie di azioni punibili basti una pena minore allo scopo della pena, o che certe classi di azioni per l'addietro ritenute punibili non siano di competenza del giudice penale, sarebbe in pari tempo contrario alla giustizia e agli scopi che lo Stato si propone col punire, se chi violò l'antica legge venisse ciò nonostante punito secondo la medesima ».

(2) Goltdammer, *Arch.*, Vol. III, pag. 56. Trattavasi di una contravvenzione ad una ordinanza di polizia, che era stata emanata temporariamente per ragioni di pubblica sicurezza, ma poi era stata rivocata.

(3) Dalloz, *Pér.*, 1849, 5, part. 323.

Digitized by Google

Prussia, che cioè le pene comminate ai contravventori ad una legge daziaria, oppure ad una legge sull'usura, possano sempre essere inflitte anche dopo l'abolizione di queste leggi, quantunque non emanate colla mira di temporarietà (1). Se ciò fosse vero, generalizzando ne verrebbe la conseguenza che tutte quante le leggi penali di polizia si dovessero applicare, anche dopo la loro abolizione, agli atti commessi durante il loro vigore, lo che abbiamo dimostrato non potersi e non solersi ammettere. Imperocchè tutte le leggi di polizia sono occasionate da circostanze di fatto, che o non sono perpetue, o non hanno sempre la stessa importànza. Noi riteniamo invece che anche le leggi daziarie, come tutte le altre leggi di polizia, debbansi applicare in quella maniera allora soltanto che la temporarietà delle medesime risulti o dal loro stesso contenuto, o dai loro motivi, o dalle speciali circostanze che le hanno immediatamente occasionate.

Quando una legge passeggiera di polizia non fa che aumentare la pena comminata ad un reato da una legge preesistente, questa disposizione non produce più nessun effetto, quando è scorso il termine durante il quale essa doveva aver vigore. Imperocchè si deve ritenere che lo scopo a cui il legislatore mirava col temporario aumento di pena sia stato raggiunto con quelle applicazioni della maggior pena, che nel termine prefisso poterono farsi. Una legge invece, la quale, per un certo

(1) Una legge prussiana del 27 novembre 1857 permise il libero commercio del danaro per tre mesi. Durante questo trimestre si era dubitato se si potesse procedere contro chi prima del 27 novembre 1857 avesse violata la legge sull'usura 15 febbraio 1806. La Corte superiore di Prussia ritenne l'affermativa in molti casi, a quanto ci dice il Seeger (pag. 118, nota 1, seguendo il Goltdammer, *ib.*, Vol. V, pag. 857), per il motivo che la legge del 1857 non aveva tolto il carattere di delitto all'usura illecita, ma soltanto aveva tollerato questo contratto per tre mesi. A noi pare molto più logico il ritenere che, appunto perchè nel trimestre l'usura una volta illecita era permessa, neppur si doveva poter procedere contro chi avesse stipulata una tale usura prima del 27 novembre 1857.

Digitized by Google

tempo soltanto, costituisca un nuovo reato di polizia, può essere applicata anche dopo il decorso di quel tempo, attesochè altrimenti essa rimarrebbe nella massima parte dei casi illusoria.

CAPITOLO XV.

Delle leggi criminali passeggiere.

Mentre le leggi passeggiere di polizia possono, come dicemmo, tanto costituire un nuovo reato, quanto accrescere una pena già comminata da una legge preesistente, ambedue queste ipotesi non si possono verificare nella legislazione criminale propriamente detta. I veri e propri crimini sono tali di fronte alla morale e alla giustizia assoluta, cioè sono tali per ragioni e circostanze costanti dell'umana natura e della vita sociale, non mai per ragioni e circostanze passeggiere. Queste possono invece dar ragione al legislatore di accrescere per un tempo limitato una pena criminale, già comminata dalla legislazione esistente.

In tale ipotesi, cessato il vigore della legge eccezionale, vuolsi ritenere quello che fu detto sul finire del capitolo precedente rispetto alla ipotesi medesima riferita alle leggi di polizia, e per le stesse ragioni. I delinquenti cioè, non ancora puniti, quando vigeva quella eccezionale punizione, non potranno più essere puniti dopo, fuorchè colla pena comminata dal gius criminale comune.

Questo principio è stato ripetutamente applicato dal Tribunale di cassazione di Parigi in seguito alla legge 29 nevoso, anno 6, la quale comminava la pena di morte agli autori di furti commessi con violenza e sulla pubblica strada. Questa legge, suggerita da eccezionali condizioni della pubblica sicurezza, era stata messa in vigore soltanto per un anno (art. 22),

Digitized by Google

decorso il quale si intendeva rivocata senza bisogno di nuova dichiarazione. Poscia con altra legge 29 brumale anno 7 la prima legge venne prorogata fino al 29 nevoso anno 8, e soltanto dopo questo giorno cessò di essere in vigore. Or bene, essendo stati sottoposti a giudizio, dopo il 29 nevoso anno 8, parecchi casi di furti in quel modo qualificati, e commessi nel biennio suddetto, il Tribunale di cassazione fu sempre d'avviso che la pena di morte non si potesse più applicare a quei delinquenti. Tali furono le decisioni 8 termidoro anno 8 (1), e 25, 26, 28 floreale (2), 15, 16 messidoro dello stesso anno (3).

Quasi tutte queste decisioni furono concepite in conformità alle conclusioni del procuratore di Stato presso il Tribunale di cassazione, l'illustre Merlin, e adducono come principale argomento l'avere il legislatore medesimo ordinato che la legge legge 29 nevoso anno 6 *sarebbe stata eseguita fino* al 29 nevoso anno 8 e non più tardi.

L'avviso del Tribunale di cassazione fu pure accettato dal Consiglio di Stato in un suo parere del 28 pratile di detto anno, il qual parere venne approvato dal Governo, e così convertito in legge, giusta il diritto costituzionale francese di quel tempo (4). — Lo stesso ebbe a dichiarare la Cassazione di Napoli, 3 dicembre 1866 (5).

(1) *Pasicr.*, 1ª serie, Vol. I, *Trib. d. cass.*, pag. 584.
(2) *Ib.*, pag. 536-537.
(3) *Ib.*, pag. 563.
(4) V. Merlin, *Rép.*, voce *Peine*, n. IV.
(5) *A. G.* I, 1, 245.

Digitized by Google

CAPITOLO XVI.

Della legge penale intermedia.

La maggior parte dei criminalisti e dei trattatisti della nostra materia si propongono la questione, se, essendo stata nel periodo intermedio fra la esecuzione di un reato e la condanna del reo, promulgata una legge più mite di quella che vigeva nel primo di quei due tempi e di quella che vige nel secondo, debba il giudice applicare la prima legge, oppure scegliere la più mite fra le altre due leggi.

Le opinioni sono differenti. L'applicazione della legge intermedia più mite è voluta da Mittermaier (*N. Arch. d. Criminalr.*, p. 194, ap. Seeger, p. 127 (1), Hélie (*Ch. Ad. et Faust. Hél. Théor. d. C. pén. éd. belge*, num. 47), Haus (*Cours d. dr. crim.*, n. 88), Bertauld (*Cours de C. pén.*, p. 197), Trébutien (*Cours. élem. du dr. crim. l.*, p. 83), Duverger (*Man. d. jug. d'instr.*, ch. 1, n. 8), Morin (*Répert. d. dr. crim.*, *v. Eff. retr.*, n. 6), Demolombe (n. 65) (2), Blanche (*Étud. prat. sur le C. pén.*, n. 29), Meynne (p. 83-86). Opinano invece doversi nel caso in discorso applicare la legge più mite fra quella vigente al tempo dell'esecuzione del reato e quella vigente al tempo della condanna, Van de Poll (pag. 23-24), Waechter (*Sächs. Strafr.*, pag. 122-122, ap. Seeger, pag. 125, nota 2), Krug (*Comm. zu dem sächs. Strfgb.*, Vol. III, p. 190, *ib.*), Berner (p. 55), Seeger (p. 125-129). Il Boitard (*Sur les C. pén. et d'instr. crim.*, Paris 1847, pag. 44) è rimasto dubbioso, ma sembra piuttosto propendere alla seconda opinione, perchè,

(1) Il solo criminalista tedesco che abbia propugnato tale opinione, come osserva il Seeger, pag. 125, nota 1.

(2) Il Van de Poll attribuisce la stessa opinione al Pailliet (*Man. du C. Pén.* all'art. 4, nota 6, n. 3), il quale in realtà non fa che riferire una sentenza di Cassazione senza approvarla, nè disapprovarla.

Digitized by Google

dopo aver riferito una sentenza di Cassazione, che applicò la legge intermedia più mite, soggiunge « essersi forse sentenziato alquanto arbitrariamente, ma l'umanità essere sembrata riguardo prevalente ».

L'opinione predominante fra i criminalisti francesi è anche stata confermata da parecchie decisioni emanate dalla Corte di cassazione di Parigi nell'anno 1813, a dì 9 luglio (1), 9 settembre (2), 1° ottobre (3). Le più notevoli fra queste sentenze sono quelle del 9 luglio e del 1° ottobre, relative al reato di furto con violenza ed altre circostanze aggravanti, commesso nello Stato romano sotto l'impero della legislazione penale di questo Stato, e sottoposto a giudizio vigendo ivi il Codice penale francese del 1810, e dopo che era stato ivi pure pubblicato nel 1809 il Codice penale del 1791. Quel reato era punito dalla legislazione romana colla morte, dal Codice penale del 1791 coi lavori forzati non eccedenti la durata di anni ventiquattro, e dal Codice penale del 1810 coi lavori forzati a vita. La Cassazione ritenne doversi applicare la legge intermedia del 1791, e pei seguenti motivi nella sentenza del 1° ottobre, colla quale cassò la sentenza della Corte di Roma, che aveva condannato l'accusato ai lavori forzati a vita.

« Visto il decreto della Consulta Straordinaria negli Stati romani del 19 luglio 1809, il cui artic. 3 suona: « per ogni fatto anteriore alla pubblicazione del presente decreto, si applicherà, in caso di condanna, quella delle due leggi antica o nuova, che sarà più favorevole all'imputato »; visto l'artic. 6

(1) *Pasicr.*, 1ª série, *Cour d. cass.*, Vol. VII, pag. 302.

(2) *Ib.*, pag. 385. Con questa sentenza fu deciso che l'infrazione del bando, designata come delitto dalla legge antica e non dalla legge intermediaria o dal Codice penale del 1791, ma poscia designata nuovamente in quel modo dalla legge attuale, non può essere punita secondo questa legge, se non accadde sotto il suo impero.

(3) *Ib.*, pag. 376-388; *R. G.* 4, 391, 442.

Digitized by Google

del decreto imperiale 25 luglio 1810, il quale relativamente all'applicazione del nuovo Codice penale del 1810 dà la stessa disposizione; visti gli articoli 1, 2, 3, 4 e 5, sez. 2, tit. 2, parte 2 del Codice penale del 1791, che puniva i furti commessi con violenza, e con altre circostanze aggravanti, colla pena dei ferri per un numero maggiore o minore d'anni, ma non mai a vita, e l'art. 382 del Cod. pen. 1810, che li punisce colla stessa pena a vita; atteso che le leggi antiche degli Stati romani, sotto l'impero delle quali erano stati commessi i furti di cui A. C. fu convinto, e pei quali fu condannato, davano al giudice facoltà di pronunziare la pena di morte contro gli autori dei medesimi; che in virtù del suddetto articolo del decreto della Consulta straordinaria, emanato per mettere in attività il Codice penale del 1791, essendo state abrogate le antiche leggi relative alla pena del crimine di questo genere, A. C. non avrebbe potuto essere condannato che alla pena dei ferri a tempo, se fosse stato giudicato sotto l'impero del Codice del 1791; che per l'esecuzione dell'articolo 6 del decreto imperiale del 23 luglio 1810, la Corte speciale straordinaria non poteva per tal motivo risalire alle antiche leggi del paese; ch'essa doveva soffermarsi al Codice del 1791, paragonando la pena di questo Codice con quella del Codice penale del 1810, e non condannare quindi il C. che alla pena dei ferri a tempo per il tempo determinato dagli articoli 1, 2, 3, 4, 5, sez. 2, tit. 2, parte 2 del suddetto Codice del 1791, pena meno forte di quella dei lavori forzati a vita, prescritta dal Codice del 1810; che, pronunziando la condanna ai lavori forzati a vita, in virtù dell'art. 382 di detto Codice del 1810, e paragonando questo Codice colle antiche leggi del paese, la Corte speciale straordinaria di Roma ha fallacemente applicato l'articolo 6 del decreto imperiale del 23 luglio 1810, e violato l'artic. 3 del decreto della Consulta straordinaria del 19 luglio 1809, come anche gli artic. 1, 2,

Digitized by Google

3, 4, 5, sez. 2, tit. 2, parte 2 del Codice penale del 1791, cassa, ecc. ».

Rilevasi chiaramente dalla suesposta motivazione che due furono le ragioni per le quali la Cassazione dichiarò doversi aver riguardo alla legge intermedia. L'uno fu il principio generale che nel concorso di parecchie legislazioni penali si debba applicare di preferenza la più mite; l'altro fu l'avere la Cassazione ritenuto che la legge intermedia avesse tolto ogni e qualunque effetto alla legislazione antica. Ma quanto al primo motivo la Cassazione non ha poi spiegato per qual ragione essa mettesse in conto la legislazione intermedia, colla quale l'accusato non ebbe mai alcun rapporto, insieme colla legislazione antica, vigendo la quale l'accusato commise il reato, e colla nuova, vigente al momento del giudizio. Si può quindi ritenere col Boitard che il mero sentimento d'umanità abbia avuto gran parte in quella decisione. Egli è vero però che anche al Meynne (p. 83) e ad altri parve quella una evidente conseguenza del principio che si debba applicare al reo la legge più favorevole.

Un'altra ragione viene addotta della opinione in discorso dal Trébutien, dal Demolombe, e da altri, ed è quella di non potersi senza ingiustizia far pesare sull'accusato il ritardo che senza di lui colpa fu messo nel giudicarlo, e durante il quale la legge intermedia perdette vigore.

L'applicazione della legge intermedia più mite, benchè insegnata più frequentemente in Francia che altrove, ebbe però in Germania qualche altro suffragio oltre a quello del Mittermaier, cioè il suffragio della legislazione del Virtemberg. Una legge virtemberghese del 17 giugno 1853 dispose che l'abolizione della pena di morte, pronunciata dall'assemblea di Francoforte nel 1848, giovasse ai rei di delitto capitale commesso prima di tale deliberazione, e punito dopo il ristabilimento di quella pena (v. Seeger, pag. 128, nota 1). Anche

Digitized by Google

la Corte d'assise di Mannheim tenne lo stesso avviso nella sentenza del 10 ottobre 1856 (*ib.*, p. 129), colla quale dichiarò che un omicidio commesso nel 1841, e giudicato sotto l'impero del Codice penale badese, posto in vigore nel 1851, non dovesse essere punito colla pena di morte comminata da questo Codice, ma soltanto colla reclusione a vita, perchè la pena di morte era stata abolita da una legge 16 marzo 1849. La Corte addusse per motivo l'essersi quest'ultima legge riferita a tutti quanti i delitti già commessi, benchè non ancora giudicati.

Ad onta di tante autorità favorevoli alla opinione che la legge intermedia più mite debba essere applicata, noi non possiamo accettare questa opinione. Non già per la ragione addotta dal Berner (p. 55), che l'avere il legislatore ristabilito l'antica legge più severa, è una conferma della sua persuasione circa la necessità di questa legge. Imperocchè ovvio è qui il rispondere col Meynne (p. 85), che anche quando la legge nuova è più severa dell'antica, il legislatore ha espresso la sua persuasione circa la penalità, e pur nondimeno ci sono motivi sufficienti per applicare la legge antica ai delitti commessi sotto il suo impero. Neppure per l'altra ragione addotta dal Berner (*ib.*), non essere equo che coloro i quali hanno commesso il reato sotto l'impero dell'ultima legge più severa, vengano sottoposti a tutto il rigore di questa legge, mentre coloro i quali hanno commesso il delitto sotto l'impero della legge antica, forse ancor più severa di quella, vengono giudicati secondo la legge intermedia più mite. Imperocchè risponde vittoriosamente a questo ragionamento il Seeger (pag. 126, nota 1) che nella teoria della retroattività delle leggi la differenza di trattamento di reati della stessa specie, commessi in tempi diversi, è implicita ed inevitabile, e non può quindi fornire a quei delinquenti, i quali vengono più severamente trattati, un motivo di lagnarsi, del quale la dottrina debba tener calcolo. Nè val meglio l'argomento di Van de Poll (pag. 24) che lo

Digitized by Google

Stato non può rinunziare al diritto di punire, quesito prima che il reato venisse giudicato. Noi abbiamo già osservato il poco valore scientifico della dottrina del gius quesito dello Stato alla pena; oltracciò ne sembra affatto gratuita l'asserzione che a quel diritto quesito, se veramente esistesse, lo Stato non sia ritenuto rinunziare col solo fatto della emanazione di una legge penale più mite. Noi crediamo col Seeger (p. 114) che l'applicazione della legge intermedia più mite sia inammissibile per le stesse ragioni sulle quali riposa il principio generale della applicazione della legge penale più mite, e che ciò sia di tutta evidenza specialmente rispetto alle ragioni che di quel principio furono da noi addotte.

Invero noi abbiamo osservato che in tesi generale la legge nuova, vigente al tempo del giudizio, è da stimarsi la più giusta secondo la mente del legislatore, e perciò deve essere applicata quando non sia più severa della legge anteriore. Ma questa legge anteriore non può essere che la legge vigente al tempo in cui il reato fu commesso, non una legge intermedia, imperocchè per noi la ragione della non retroattività della legge nuova più severa è onninamente quella di prevenire le persecuzioni che si volessero fare emanando leggi più severe in odio di certe persone, la qual mira è inconciliabile col fatto che tra l'esecuzione del reato e la punizione sia stata emanata una legge più mite così dell'antica come della nuova. Di tal guisa il principio generale che il delinquente debba essere giudicato secondo la legge penale più mite non ha nessun rapporto colla legge intermedia che per avventura sia stata emanata fra il momento della esecuzione del reato e quello del giudizio; a questa legge non si può aver riguardo senza disconoscere l'origine e la ragione di quel principio.

Gli avversari obbiettano i riguardi di umanità. Ma non sono appunto questi riguardi una gran parte del fondamento su cui riposa l'applicazione della legge più mite fra quella vigente al

Digitized by Google

momento del reato e quella vigente al momento del giudizio? I riguardi d'umanità devono anch'essi applicarsi con ragionevole discernimento, ma non sono appunto ragionevolmente applicati quando vengano riferiti ad un elemento che non ha nessun rapporto colla quistione che si va discutendo. Dicono altresì che non deve nuocere all'accusato il ritardo, non imputabile a lui, per il quale la legge intermedia più mite non gli potè essere applicata come legge vigente; ma si può rispondere col Seeger (p. 125-136, nota 1) che se nessun ritardo ci fosse stato fra la perpetrazione del reato e il processo e la sentenza, avrebbe anche potuto essere applicata all'accusato la legge antica più severa, anzichè l'intermedia più mite.

Un altro argomento, apparentemente scientifico, adoperato dagli avversari, e specialmente consegnato nelle accennate sentenze di Parigi e di Mannheim, è la pretesa abolizione della legge antica in virtù della intermedia più mite, anche a favore dei delinquenti non ancora giudicati. Ma questa asserzione, di cui quelle sentenze non danno alcuna dimostrazione, ci pare affatto gratuita. Piuttosto noi troviamo assai buone ragioni per rifiutarla. Noi non vediamo invero che si possa dimostrare quella specie di diritto acquisito che si attribuisce in tal maniera al violatore della legge antica, di approfittare della mitezza della legge intermedia, per il solo fatto di essere questa stata emanata, benchè sia poi scomparsa senza essergli stata applicata. Se diritto acquisito fosse possibile in materia penale, il che abbiamo dimostrato non essere, non potrebbe però nascere che da un fatto accaduto sotto l'impero di una legge, da cui quel diritto venisse accordato, e quindi nel caso nostro non si vedrebbe come sotto l'impero della legge intermedia avessero acquistato diritto al più mite trattamento di questa, coloro i quali avessero commesso il delitto sotto l'impero della legislazione antica. Se poi fosse vero che la legge intermedia avesse tolto alla legge antica ogni relazione coi delitti commessi

Digitized by Google

e non giudicati sotto il suo impero, abolita la legge intermedia dalla nuova, anche quella non avrebbe più nessun rapporto coi reati commessi e non giudicati sotto l'impero dell'antica legge. Ma tale premessa non è vera, perchè altrimenti non si comprenderebbe come alla legge antica fosse rimasta tanta importanza pratica da dovere essere confrontata colla intermedia, finchè questa fosse rimasta in vigore, onde prescegliere la più mite; la qual cosa affermò pure la Corte di cassazione di Parigi nella più volte mentovata sentenza del 1° ottobre 1813, non accorgendosi della contraddizione fra questa proposizione e la precedente. Ed anche, se quella premessa fosse vera, bisognerebbe ritenere, ciò che nessuno certamente può ammettere, che, se la legge intermedia fosse stata più severa, e non più mite dell'antica, e la nuova fosse anche più severa dell'intermedia, la legge da applicare non fosse l'antica. Il vero si è che la legge intermedia era destinata ad essere applicata di preferenza all'antica pei reati commessi e non puniti sotto l'impero di questa, se fosse stata vigente al momento del giudizio, e che, questa ipotesi non essendosi effettuata, non rimane da far altro che confrontare la legge antica colla legge nuova (1).

Noi conveniamo del resto col Seeger (p. 126) che il legislatore possa talvolta, per ragioni di politica prudenza, ordinare l'applicazione della legge penale intermedia più mite. Per es., dopo la memoranda abolizione della pena di morte pronun-

(1) È strano che quest'ultima osservazione sia sfuggita ai giudici di Mannheim. Più strano ancora è che il Seeger (pag. 128) ammetta che la legge intermedia più mite debbasi applicare, quando contenga le parole: *pour tout fait antérieur à la publication du présent titre*, e non abbia riflettuto che questa clausola è sempre sottintesa anche quando non è espressa, cosicchè, se essa bastasse a rendere applicabile la legge intermedia, la dottrina del Seeger sarebbe fabbricata con una mano, e rovesciata coll'altra. La detta clausola però è sempre accompagnata da un'altra sottintesa, che cioè, come dicemmo nel testo, il fatto anteriore venga ad essere giudicato sotto l'impero della legge nuova.

Digitized by Google

ziata a Francoforte nel 1848, era certamente un mezzo di diminuire l'impopolarità del ristabilimento di quella pena, l'ordinare che non la si applicasse almeno a coloro che l'avessero meritata prima di quell'abolizione. E per verità, la citata legge virtemberghese, giusta il Seeger (p. 128, nota 1), non fu considerata dalla maggioranza della Camera dei deputati che come una benignità del legislatore. Noi non possiamo però convenire collo stesso autore (p. 130) che in difetto di disposizione legislativa di tal natura, il giudice abbia facoltà di applicare la legge intermedia più mite, ove possa attribuire al legislatore quel benigno intendimento che non ha espresso. Imperocchè questa interpretazione poche volte sarebbe impossibile, e in questo modo la dottrina che abbiamo sostenuta, e che nei risultati consuona con quella del Seeger, verrebbe ad essere sovvertita.

Manifesta è poi la consonanza della nostra dottrina circa la legge intermedia nel diritto penale, e ciò che noi abbiamo detto nel Vol. I (pag. 202) circa la legge intermedia in generale. Quantunque le ragioni di questa generale dottrina non siano le stesse nel diritto civile e nel penale, atteso il difetto in quest'ultimo del concetto del *diritto* acquisito, pur nondimeno la generalità delle medesime in tutto quanto il campo del diritto sembra a noi indiscutibile.

Il nessun valore della legge penale intermedia più severa è stato anche riconosciuto dalla Cassazione di Napoli, 3 dicembre 1866 (1), il contrario invece ritenne la Cassazione di Firenze, 13 gennaio 1872 (2), onde apparisce che sulla grave quistione della efficacia della legge penale intermedia la giurisprudenza italiana non ha ancora una dottrina chiara e completa.

(1) *A. G.* I, 1, 245.
(2) *G. I.* XXIV, 1, 64.

Digitized by Google

CAPITOLO XVII.

Dell'applicazione della nuova legge penale più mite nei differenti stadi del processo.

I principii fin qui esposti intorno alla retroattività delle nuove leggi penali, devono certamente essere presi per norma da ogni giudice penale, qualunque sia la istanza nella quale la sentenza deve essere emanata. Nell'applicazione però di questo canone sogliono gli scrittori della nostra materia distinguere il caso della attuazione di una nuova legge penale prima che venga emanata la sentenza di prima istanza, da quello della attuazione di legge siffatta dopo l'emanazione della sentenza di prima istanza, e mentre il processo pende davanti ad una istanza superiore. Noi pure esamineremo separatamente questi diversi casi.

Se una nuova legge penale è stata attuata prima della decisione di prima istanza, e il primo giudice non ha fatto a favore dell'accusato il debito confronto di questa legge con quella vigente al tempo della esecuzione del reato, sia condannando un'azione che quando fu commessa non era criminosa, sia punendo un'azione che la legge nuova non considera più come reato, sia non applicando la più mite fra le pene comminate dalle due leggi, non vi ha dubbio che il secondo giudice, e in generale il giudice di una istanza superiore debba farsi carico della circostanza trascurata dal primo giudice, e annullarne la sentenza. Ciò ebbero a dichiarare anche la Cassazione di Napoli nella mentovata sentenza 3 dicembre 1866 (1), la Cassazione di Torino, 6 luglio 1870 (2), la Cassazione di Firenze, 27 luglio 1867 (3).

(1) *A. G.* I, 1, 245.
(2) *G. I.* XXII, 2, 254.
(3) *Ib.*, XIX, 1, 559.

Digitized by Google

Ma se nel caso in discorso la inapplicabilità della legge penale invocata dal giudice di prima istanza non fosse stata fatta valere neppure in appello, potrebbesi addurla per la prima volta nel ricorso in Cassazione contro la sentenza d'appello?

È principio di procedura criminale che non si possano addurre in Cassazione le nullità commesse in prima istanza e che non sono state fatte valere davanti al giudice d'appello, ma questo principio non si applica alle nullità derivanti da non applicazione della legge concernente il caso che venne giudicato. Nullità di codesto genere devonsi poter proporre davanti a qualunque giudice, fintantochè non si ha un giudicato irretrattabile, e anche davanti alla Corte di cassazione, seppur questa deve corrispondere veramente al suo ufficio, di vegliare al vero ed esatto comprendimento delle leggi e del diritto. Ciò ebbe pure a dichiarare il Tribunale d'appello di Roma, 23 novembre 1870 (1).

Male ci sembra interpretata dal Dalloz (v° *Lois*, 376, *a*) la sentenza della Corte di cassazione di Parigi del 18 agosto 1849 (2), nella quale egli crede riscontrare una massima contraria a quella enunciata dianzi.

Un tale era stato condannato dal tribunale di Péronne e poi dalla Corte d'appello di Amiens per reato di illecita distribuzione di stampati, contemplato da una legge 21 aprile 1849. Il condannato ricorse in Cassazione, adducendo in questa sede per la prima volta la circostanza che l'imputatagli infrazione era stata commessa prima del giorno in cui venne conosciuta nel Dipartimento della Somma la promulgazione di detta legge. La Corte di cassazione respinse il ricorso pei seguenti motivi: « atteso che questo mezzo non fu proposto davanti al tribunale correzionale di Péronne, nè davanti la Corte d'appello d'Amiens; che il fatto su cui il mezzo riposa è l'essere stata

(1) *A. G.* VI, 1, 380.
(2) D. *P.* 59, 1, 261.

Digitized by Google

commessa la contravvenzione prima del giorno in cui la legge 21 aprile 1849 fosse conosciuta legalmente nel dipartimento della Somma; che i giudici del merito non furono chiamati a verificare tal fatto che davanti ad essi non venne allegato; che da nessuna delle enunciazioni della sentenza impugnata risulta che l'esecuzione del reato fosse anteriore all'epoca in cui la legge 21 aprile 1849 divenne esecutoria nel dipartimento della Somma; che al contrario dalla sentenza del tribunale di Péronne, non contraddetto su questo punto dalla sentenza impugnata, risulta che la distribuzione costitutiva del reato accadde negli ultimi giorni di aprile e nei primi giorni di maggio, cioè in un'epoca nella quale la legge del 21 aprile 1849 era esecutoria nel Dipartimento della Somma; che, date queste circostanze, la sentenza impugnata non ha violato nessuna delle regole relative alla non retroattività delle leggi, ecc. ».

Se noi non ci inganniamo, la Corte di cassazione fu ben lontana in questa sentenza dal pronunciare inammissibile il mezzo desunto dalla applicazione retroattiva di una legge penale, perchè tal mezzo non fosse stato proposto davanti ai giudici del merito; essa ha solamente inteso che nel caso in quistione, avendo i ricorrenti ammesso taluni fatti i quali escludevano direttamente la pretesa retroattività, non era possibile discutere intorno a questa in Cassazione, senza trascendere la propria competenza di questo tribunale.

Se fosse luogo a ricorrere in Cassazione contro una sentenza di Corte di assise, non può essere dubbio che in quel ricorso potrebbesi addurre per la prima volta la ingiusta retroatttività commessa dalla Corte d'assise, e non contemplata dal difensore nelle sue risposte alle conclusioni del Pubblico Ministero.

Se una nuova legge penale venisse attuata pendente il processo davanti una istanza superiore, e fosse possibile migliorare la condizione del condannato, avendo riguardo a quella

Digitized by Google

legge, egli è pure fuori di dubbio che il giudice superiore deve tener conto di quella nuova legge (v. sopra, p. 39). Così pure pensano Abegg (pag. 486), Zachariae (pag. 65), Van de Poll (pag. 44), Meynne (p. 107), Merlin (*Rép.*, voce *Peine*, IX). Vale poi questo principio tanto per il giudice di seconda istanza in confronto del primo giudice, quanto per il giudice di terza istanza in confronto del secondo giudice, dove è ammesso il sistema delle tre istanze in materia penale.

È stato obbiettato che il giudice d'appello o di revisione deve soltanto esaminare se sussistono i fatti imputati al condannato, e se fu applicata la pena designata dalla legge vigente nel giorno della sentenza del primo giudice. Così infatti ragionò la Corte criminale del Tevere, in una sentenza del 27 gennaio 1810, confermativa di una sentenza del Tribunale di Vicariato di Roma, contro la quale era stato interposto appello perchè venisse applicata ai condannati il già da noi citato decreto della Consulta straordinaria del 13 luglio 1809, che era stato pubblicato dopo la pronunzia della sentenza di prima istanza, il qual decreto ordinava all'art. 3 che pei fatti anteriori alla sua pubblicazione venisse inflitta ai condannati la pena più mite. Avendo però i condannati dal Tribunale del Vicariato ricorso per quell'istesso titolo in Cassazione, la Corte di cassazione di Parigi con sentenza del 15 marzo 1810 (1) cassò e annullò la sentenza della Corte criminale di Roma, pei seguenti motivi: « udita la relazione del signor Brillat-Savarin, visto l'art. 3 del decreto della Consulta straordinaria del 10 luglio 1809; atteso il principio della legislazione francese (2) che la pena non reputasi realmente pronunziata fintantochè esiste un mezzo legale di farla attenuare; lo che è tanto vero che il condannato il quale muore prima della sentenza d'appello da lui invocata, muore *integri status;* che per

(1) *Pasicr.*, 1ª serie, *C. d. cass.*, Vol. 5, pag. 498.
(2) È questo un principio comune a tutte le legislazioni.

Digitized by Google

tal motivo il tribunale che giudica in ultima istanza è il vero applicatore della pena; che questo tribunale devesi conformare alle leggi esistenti al momento in cui pronunzia la sua decisione; che per conseguenza la Corte criminale del Tevere, vincolata dal citato decreto del 19 luglio, era in obbligo di confrontare la legge antica colla nuova, onde applicare al reo la pena più mite; che tanto più aveva tale obbligo dacchè quel decreto era evidentemente ispirato da mire di indulgenza pei condannati; che, lasciando sussistere per un furto con rottura la pena della galera a perpetuità, mentre le leggi francesi non comminavano che la pena di venti anni di lavori forzati al più, la Corte criminale del Tevere ha violato il più volte citato decreto, e i diversi articoli della legge del 1791 (1), applicabili a quella specie di furto, la Corte cassa ed annulla ».

Se finalmente una legge penale nuova, più favorevole al condannato, venisse emanata dopo esaurito il rimedio dell'appello, e pendente ricorso in Cassazione, certa cosa ella è che questa Corte dovrebbe farsi carico di una tal legge. Lo stesso è a dirsi ove quella nuova legge venisse attuata pendente il ricorso in Cassazione contro una sentenza definitiva inappellabile, come per es. contro una sentenza della Corte d'assise. Essendo invero la nuova legge penale una esigenza e una migliore interpretazione della giustizia, ed essendo la necessità della pena secondo giustizia, sola giustificazione del penale ministero, non ci può essere nessun valido motivo perchè una nuova legge penale più mite non si applichi a tutti quei delinquenti, che non sono ancora stati irrevocabilmente condannati.

Rispetto al primo punto solenne è la conferma che diede alla esposta opinione la Corte di cassazione di Napoli nella più volte

(1) Il Codice penale del 1791 era appunto stato pubblicato in Roma, come si è veduto, col decreto della Consulta straordinaria del 19 luglio 1809.

Digitized by Google

mentovata sentenza del 3 dicembre 1866 (1). Erano state abolite col 31 dicembre dell'anno precedente le leggi eccezionali attuate nelle province napoletane pei reati di brigantaggio, e, insurto un conflitto di competenza fra la Corte di cassazione di Napoli e il Supremo tribunale di guerra circa il conoscere dei ricorsi interposti, tuttora pendenti, contro le sentenze dei tribunali militari, la Corte di cassazione di Napoli era stata dichiarata competente a tale oggetto dalla Corte di cassazione di Firenze, delegata a dirimere quel conflitto. Investita di tale competenza, la Corte di cassazione di Napoli prese il partito di considerare come nulli i giudicati dei tribunali militari, e di rinviare le cause alle sezioni d'accusa delle rispettive Corti di appello. Fu mossa a tale partito dal considerare che, essendo state in virtù della suddetta abolizione ripristinate le antiche leggi penali più miti, sia rispetto alla nozione dei reati ed alla misura delle pene, sia rispetto alla procedura, e non offrendo i procedimenti condotti davanti ai tribunali militari, e ultimati con sentenza, quelle guarentigie di verità, onde è rivestito il processo davanti ai giurati, la necessaria e immediata applicazione delle leggi ripristinate non poteva appunto consistere che nel ricominciare quei procedimenti in conformità delle medesime. — Noi non ci faremo ad apprezzare la seconda parte di tale ragionamento; ciò che fa per l'attuale nostro subbietto si è la dichiarazione della Corte che, equivalendo la ripristinazione delle antiche leggi di diritto comune, all'introduzione di una nuova legge penale più mite, dovessero perciò quelle leggi immediatamente applicarsi ai processi pendenti in Cassazione, benchè nelle inferiori istanze non vi fosse stata occasione di applicarle. Essendo anche per noi evidente che « non vi ha differenza fra una legge penale più mite che sopravvenga ad antica più dura, ed una legge più mite, che sospesa tempora-

(1) *Annali della Giurisprudenza italiana*, Vol. I, p. 1, sez. 2ª, p. 246, Firenze, Nicolai.

Digitized by Google

neamente da altra di più fiera sanzione, riprende al terminato tempo l'antico vigore, per farsi il caso dell'applicazione della regola dell'art. 3 Codice penale », le ragioni colle quali la Corte dimostrò che l'antica legge più mite, ripristinata pendente il ricorso in Cassazione, si dovesse ciò nondimeno applicare al caso in quistione, vengono veramente a convalidare l'identica proposizione da noi espressa dianzi. « Attesochè in pendenza del ricorso in Cassazione non si ha giudicato irrevocabile, nè irretrattabile, quindi non pena diffinitivamente applicata, e legalmente eseguibile. Ora codesta pena della legge eccezionale che respinto il ricorso, diverrebbe eseguibile, conflige colla pena più mite delle leggi ordinarie ritornate in vigore mentre tuttavia pende il giudizio. Sono quindi due leggi, e due pene in presenza, la morta e la rediviva; e la Corte di cassazione non può respingere la domanda, perchè la più mite pena prevalga, senza dichiarare legale ed eseguibile la pena più aspra mentre è in vigore una sanzione più mite, contro il testo espresso della legge, contro la sua costante dottrina, contro la volontà stessa del legislatore, che confinò quelle pene ad un periodo ristretto ed eccezionale, oltre il quale a nessuno è dato prorogarle, senza protrarre arbitrariamente il rigore delle pene eccezionali oltre il termine che al legislatore parve necessario, epperò senza applicare una pena già divenuta ingiusta ed eccessiva ».

Rispetto al secondo punto, cioè alla retroattività di una nuova legge penale più mite, emanata mentre pende il ricorso in Cassazione contro una sentenza di Corte d'assise, l'opinione nostra è pur quella di Meynne (pag. 109). « Se la nuova legge penale, egli dice, non incrimina più il fatto per cui ebbe luogo il processo e la sentenza, la Corte di cassazione annullerà la sentenza impugnata, senza pronunziare rinvio davanti a un'altra Corte o Tribunale. Che se la nuova legge diminuisce soltanto la pena, la Corte di cassazione non applicherà questa nuova

Digitized by Google

pena, non essendo suo ufficio conoscere del merito degli affari, ma si limiterà a confermare o annullare la sentenza impugnata, pronunziando nell'un caso e nell'altro il rinvio del processo ad un'altra Corte o ad un altro Tribunale, per l'applicazione della legge nuova ». Codeste proposizioni del Meynne ci sembrano giustissime, ed hanno anche maggiore autorità per essere state tradotte più volte in legge. Una legge francese, 22 frimaio anno 8 (1), tramutò in delitti, e assegnò alla competenza dei tribunali correzionali parecchi reati che secondo il Codice penale francese del 1810 sarebbero crimini, da giudicarsi dalle Corti d'assise. Or bene rispetto a quei processi, nei quali la Corte d'assise avesse già pronunziato a termini dell'antica legislazione, al momento in cui quella legge venne posta in vigore, l'art. 18 della medesima dispose che, se in quel momento fosse stato pendente ricorso in Cassazione contro la sentenza della Corte d'assise, dovesse la Corte di cassazione, ove confermasse la sentenza, rinviare la causa davanti al Tribunale correzionale del luogo in cui venne incominciata, onde applicare al condannato la pena comminata dalla legge nuova; ove l'annullasse, dovesse rinviare la causa a quel medesimo Tribunale, onde emanare una nuova sentenza conforme alla legge nuova. L'istesso scopo ebbe la legge belgica del 29 febbraio 1832 (2), e vi si trova pur ripetuta (art. 6) quella medesima disposizione.

(1) *Th. d. Cod. pen.* per CHAUV. e HÉL., 3ª ediz. belga, Vol. III, pag. 465.
(2) Ap. MERLIN, *Rép.*, v° *Peine.*

Digitized by Google

CAPITOLO XVIII.

Della influenza della nuova legge penale più mite sulla cosa giudicata.

L'idea e il sentimento della giustizia, che hanno sempre guidato e accompagnato la legislazione e l'amministrazione penale, più che non abbiano compreso molti teorici, non si possono facilmente conciliare col pensiero che rimangano senza alcun effetto sui condannati che stanno scontando la pena, quelle mitigazioni della legge penale che i giureconsulti si accordano nel volere applicate alle cause pendenti. Quando la legge ha dichiarato impunibili certe azioni che le leggi anteriori consideravano come reati, oppure ha diminuito grandemente la pena comminata ad un certo reato dalla legge anteriore, non deve ripugnare ad ogni uomo di retto sentire che si eseguiscano condanne emanate vigendo l'antica legge, e che dopo l'abolizione di questa sono diventate ingiuste od eccessive? Il Lassalle (pag. 356) finge il caso della dichiarata impunità della resistenza ad un atto illegittimo di un magistrato, in un paese nel quale siffatta resistenza prima fosse stata punita. Nel Belgio erano stati condannati nel 1829 il De Potter e il Ducpétiaux, antesignani della rivoluzione di quel paese contro il Re d'Olanda, per un reato, che una legge del 26 maggio di quell'anno tolse dal Codice penale. Molti altri casi analoghi è facile fingere, o riscontrare nella storia.

È logico il supporre che ogniqualvolta siansi presentate così gravi discrepanze fra l'antica legge penale e la nuova, quali appunto per es. sarebbero la cancellazione di un reato dal Codice penale, o un grande abbassamento della pena comminata, siasi in ogni tempo compresa l'ingiustizia dell'eseguire condanne basate sulla legge anteriore, e che, in difetto di legislativi provvedimenti, siasi provveduto mediante sovrani

Digitized by Google

decreti di grazia. Ma il cultore della filosofia penale, e più ancora chi studia la dottrina della penale retroattività, deve appunto ricercare se la grazia sovrana abbia ad essere l'unico mezzo di porre in armonia la nuova legge più mite coi giudicati emanati vigendo la legge anteriore, o se qualche generale principio si possa stabilire intorno all'influenza della nuova legge penale più mite su quei giudicati. Questa ricerca non è antica, come già vedemmo non esserlo in generale la teoria della penale retroattività, ma trovasi però in tutti i moderni espositori di questa teoria.

Se la quistione si potesse risolvere soltanto col principio della giustizia assoluta, sarebbe presto risoluta, e si dovrebbe dire che ogni e qualunque mitigazione della legge penale vuol essere applicata non meno ai già condannati che a quelli sottoposti a processo penale in conformità della legge anteriore. Così infatti ragionano il Blondeau (ap. Merlin, *Eff. rétr.*) e il Lassalle (p. 355). Giustizia veramente vorrebbe che l'esecuzione della condanna venisse sospesa o interrotta, secondo i casi, per adattarla alla nuova legge, e che la condanna dovesse essere modificata, sia che questa legge diminuisse soltanto la pena del reato, o sia che fosse più mite dell'antica in qualunque altro elemento del giudizio, come per es. nel porre gli estremi di fatto del reato, nel determinare le circostanze aggravanti o diminuenti la pena, le cause escludenti l'imputabilità, i modi di abolizione dell'azione penale, gli estremi della prescrizione dell'azione penale o della pena. Giustizia vorrebbe eziandio che la modificazione della condanna per conformarla alla legge nuova, venisse fatta dallo stesso giudice, sia dietro istanza di parte, sia *ex officio*.

Non è però difficile comprendere che senza gravi inconvenienti non si potrebbe accettare ed applicare con tanta ampiezza il principio dell'influenza retroattiva della nuova legge penale più mite sulle sentenze passate in giudicato, emanate

Digitized by Google

a termini della legge penale anteriore. Sono tanto frequenti, come la ragione e l'esperienza ci insegnano, i progressi e i mutamenti nella legislazione penale, sono tanti gli elementi della penale responsabilità, che se ad ogni mitigazione della legge penale circa uno qualunque di essi, dovessero ritoccarsi le sentenze penali anteriori, non ancora eseguite o non intieramente, l'autorità della cosa giudicata penale ne andrebbe gravemente scossa, e la stessa virtù preventiva delle pene verrebbe molto diminuita (1).

Per tale ragione, e per un'altra del tutto formale, e agli occhi nostri poco concludente, che cioè il giudice ha finito il suo mandato quando la sentenza è diventata irretrattabile, la maggior parte degli scrittori opinano che il solo fatto della emanazione di una legge penale più mite non dà al potere giudiziario la facoltà di emendare le sentenze criminali passate in giudicato sotto la legge anteriore, e non ancora eseguite, o non intieramente. Tale è l'opinione di Zachariae (pag. 66-67), Meynne (pag. 109-112), Van De Poll (pag. 35-37), Abegg pag. 488), Seeger (pag. 131), Merlin (*Rép.*, *Eff. rétr.*, p. 287), Dalloz (voce *Lois*, n. 374), Demolombe (n. 65), Theodosiades (pag. 208), Berner (pag. 60), Hélie (pag. 39 seg., 46), Haus (*Cours d. dr. crim.*, n. 89), Trébutien (*Cours élém. d. dr. crim.*, 1, 2, 2), Morin (*Rép.*, voce *Eff. rétr.*, n. 6). Eziandio le legislazioni penali che hanno specialmente contemplato questa ma-

(1) Lassalle (pag. 253) fa giustamente notare la differenza che intercede fra la cosa giudicata civile e la cosa giudicata penale. La prima, egli dice, fa acquistare diritti, e ciò è vero, ma sarebbe meglio detto che la sentenza civile effettua un diritto già acquistato; la seconda invece non si può dire che attribuisca, nè che effettui il diritto dello Stato alla pena, perchè la pena non è propriamente diritto di nessuno, ma una esigenza della giustizia assoluta. Erra però il Lassalle in quanto crede che questa differenza tragga seco una minore importanza del rispetto della cosa giudicata penale, imperocchè questo rispetto è in ambedue i casi una condizione indispensabile dell'ordine generale, senza della quale nessun diritto sarebbe sicuro, e ognuno si farebbe, secondo il suo potere, giustizia da sè tanto nel civile, quanto nel penale.

Digitized by Google

teria, sancirono la stessa opinione; per es., il Codice penale bavarese del 1813 (art. 2), e quello del 1861 (§ 25), il Codice penale del regno di Sassonia del 1838 (art. V), e quello del 1855 (§ 7), il Codice penale annoverese del 1840 (§ 7), il Codice penale badese del 1845 (§ 6), il Codice penale austriaco del 1803 (i. f.), e quello del 1852 (art. IX), il Codice penale prussiano del 1851 (art. VII), il Codice penale di Francoforte del 1856 (art. 4). La stessa opinione fu pure accolta in parecchi giudicati di autorevoli tribunali, e per esempio in una sentenza della Corte di cassazione di Parigi del 10 ottobre 1809 (1), nella quale venne dichiarato che un tale condannato alla relegazione, colla comminatoria di tre anni di lavori pubblici in caso di contravvenzione, dovesse sottostare a quest'ultima pena quantunque la condanna fosse stata pronunziata vigendo l'antico diritto penale toscano, e la contravvenzione fosse accaduta dopo l'applicazione in Toscana della legge penale francese del 3 brumale anno IV, la quale non ammetteva la pena della relegazione.

Noi pure siamo d'avviso che, senza il grave inconveniente di sovvertire l'autorità della cosa giudicata e di togliere efficacia alle pene, non possa il giudice, di sua propria e sola autorità, ritornare sulle condanne diventate irretrattabili, per accomodarle alla nuova legge penale più mite. Ma se al solo giudice non si può attribuire siffatta facoltà, ragion vuole che in qualche altro modo si soddisfaccia alla esigenza della giustizia, in quei casi e in quella misura in cui ciò è possibile senza pratici inconvenienti. Altro modo non vi ha che sia generale, e certo e costante, fuorchè il comando del legislatore. Dovrebbe quindi, a parer nostro, il legislatore *a*) statuire nel Codice penale che nessuna pena abolita possa essere applicata neppure in virtù di precedenti sentenze, nè *b*) che si possa ese-

(1) D. *R.*, voce *Lois*, n. 374. — V. anche Cass. Firenze, 31 maggio 1883, (*F. I.*, 1883).

Digitized by Google

guire una condanna pronunziata per un reato non più considerato per tale, e *c*) dovrebbe altresì, ogni qual volta riformi in tutto o in parte il sistema delle pene, indicare quali siano le diminuzioni delle pene statuite dalla legge anteriore, che debbano tornare a profitto dei condannati a termini della medesima, e *d*) i metodi pratici di questa applicazione. È questa la soluzione che noi diamo alla quistione della influenza della nuova legge penale più mite sulle sentenze passate in giudicato. Essa differisce dalle conclusioni degli altri scrittori, ma noi crediamo che il confronto con queste giovi a confermarla.

Quasi tutti gli scrittori precedentemente accennati, mentre niegano al giudice il potere di ritornare sulla cosa giudicata per adattarla alla nuova legge più mite, affermano che questo potere spetta al legislatore; la maggior parte però non dichiarano se il legislatore debba in questa materia procedere per via di principii generali, oppure mediante grazie speciali di caso in caso. Taluno, come per esempio l'Abegg (l. c.), opina che la via della grazia sia bastevole per conciliare le sentenze già pronunciate colla nuova legge più mite, opinione confutata benissimo da Waechter (*Sächs. Strafr.*, p. 120, nota 7), e da Lassalle (p. 357), il quale ultimo in particolare osserva che la grazia presuppone sempre che l'azione che dovrebbe essere punita sia punibile secondo le convenzioni giuridiche attuali. Pochi scrittori affermano che il legislatore debba stabilire i principii generali intorno all'effetto retroattivo in discorso, e questi pochi sono d'avviso che il legislatore possa e debba statuire in generale che tutte le mitigazioni della legge penale debbano approdare ai già condannati a termini della legge anteriore, ritoccando opportunamente le relative sentenze. È questa in particolare l'opinione di Van de Poll (pag. 45-49), di Dalloz (loc. cit., n. 374 i. f.), di Seeger (p. 131, p. 137).

Questa opinione, tanto diversa dalla nostra, ci sembra erronea per più di un riguardo.

Digitized by Google

Anzitutto essa non tien conto di quei gravi inconvenienti pratici che abbiamo sopra avvertito essere inerenti all'illimitato effetto retroattivo della nuova legge penale più mite sulle condanne anteriori non ancor eseguite, o non intieramente. Forse che tali inconvenienti saranno minori perchè il giudice intraprenderà quella retroattiva applicazione della legge nuova per comando del legislatore, e non da sè solo? Fa meraviglia che specialmente il Seeger non siasi accorto di siffatte conseguenze, nel mentre egli dimostra di avere un così chiaro concetto di tutta l'estensione che può assumere in concreto il suo principio. Ben si vede che questo ed altri rispettabilissimi giureconsulti furono principalmente mossi a negare l'applicazione retroattiva della legge nuova più mite alle sentenze passate in giudicato, in difetto di legislativa disposizione, non tanto dal considerare l'argomento nel vero pratico aspetto, quanto dalla formale creduta inammissibilità di un ritorno del giudice sulla sentenza diventata irretrattabile.

L'opinione che noi combattiamo riposa eziandio sull'erronea supposizione che nel regolare l'effetto retroattivo delle leggi il potere del legislatore sia illimitato. Secondo i fautori di tale opinione il grande principio della autorità della cosa giudicata non vincola menomamente il legislatore. Lo dice espressamente il Seeger (pag. 131): « dirimpetto al potere legislativo l'importanza della cosa giudicata è soltanto condizionale: *formalmente* il legislatore ne è affatto indipendente, e *materialmente* egli è soltanto obbligato a rispettare la validità della sentenza, non eziandio a lasciarne accadere pienamente l'esecuzione ». Noi non possiamo approvare questo modo di vedere. Per noi il legislatore non può disconoscere più del giudice i diritti acquisiti, la giustizia, le esigenze dell'ordine sociale; soltanto delle mere opportunità e dei meri riguardi di equità il legislatore e non il giudice è legittimo interprete, e per ciò appunto noi abbiamo ammessa la necessità di principii

Digitized by Google

legislativi nella materia che andiamo trattando. La saldezza della cosa giudicata in particolare è così grave esigenza dell'ordine sociale, che il legislatore non può dispensarsi dal tenerne gran conto, e perciò noi abbiamo detto che la retroattività della nuova legge più mite sulla cosa giudicata dev'essere opportunamente limitata.

Facile è ora il comprendere il perchè fino ad ora sì poche legislazioni hanno regolato con principii generali la materia di cui andiamo ragionando. Gli scrittori porgono in generale ben pochi lumi ai legislatori. La vaghezza dei concetti di molti sul da farsi, la soverchia arditezza di talune proposte, non sono certamente una matura preparazione della invocata innovazione legislativa. In questo modo l'imperiosa esigenza della giustizia, che non rimanga senza influenza sulla cosa giudicata qualunque grave mitigazione del vigente sistema penale, è stata finora generalmente soddisfatta mediante atti di grazia, soltanto in pochi Stati mediante principii generali.

Chi però esamini il contenuto delle leggi promulgate fino ad ora negli Stati d'Europa, allo scopo di conciliare le condanne non ancora eseguite, o non intieramente, colla nuova legge penale più mite, vi troverà valido argomento a pro della dottrina che noi abbiamo proposta, e fors'anco motivo di meravigliare che la scienza non ne abbia preso occasione per propugnare principii generali corrispondenti.

Celebre è la legge francese del 3 settembre 1792. Quando questa legge fu emanata, era già in vigore da quasi un anno il Codice penale del 1791, il quale aveva limitato a venti anni il massimo delle pene sostituite all'antico sistema penale, e tuttavia esisteva nei così detti bagni e nelle prigioni un gran numero di condannati secondo le antiche leggi per tutto il tempo della loro vita. A favore di queste persone fu emanata l'anzidetta legge, di cui non ci sembra inutile riportare il preambolo e le principali disposizioni.

Digitized by Google

Dice il preambolo: « fra le persone condannate secondo le antiche forme della procedura criminale, e ancor viventi, può darsi che ve ne siano molte, il cui giudizio sarebbe stato differente, se i giudici avessero potuto combinare il fatto colle circostanze, e pronunziare secondo la loro morale convinzione. La giustizia e l'umanità reclamano che le si soccorrano, per quanto è possibile, senza indugio, mediante una legge la quale ripari alla insufficienza dell'antica procedura, *evitando l'arbitrio inerente ai rescritti di grazia*, e in ogni caso faccia partecipare i condannati viventi dalle mitigazioni che il nuovo Codice arrecò alle loro pene ». Seguono gli articoli. L'art. 1 accorda ai condannati a pene afflittive od infamanti con sentenze passate in giudicato, e dietro processi istruiti secondo le forme anteriori a quelle del giurì, la facoltà di richiedere l'abolizione o la commutazione di quelle pene, ai tribunali criminali dei Dipartimenti nei quali i rispettivi processi furono istruiti in prima istanza. L'art. 2 incarica i tribunali criminali di decidere secondo la loro persuasione e coscienza, visti gli atti e tutte quelle notizie che possono chiarire se il delitto, che occasionò la pena pronunziata, fosse scusabile o no. L'art. 3 aggiunge che, se il delitto era scusabile, debbasi pronunziare il condono della pena, qualunque ne sia la specie. L'art. 4 aggiunge pure che se il delitto non viene trovato scusabile, i giudici esamineranno se la pena pronunziata è più rigorosa di quella statuita dal vigente Codice penale contro lo stesso delitto, e in questo caso la ridurranno a quella che il colpevole avrebbe subita, se avesse potuto essere giudicato secondo le disposizioni del Codice penale. L'art. 5 dispone che a datare dal giorno 3 settembre 1792 cesserà la perpetuità della galera e della prigionia per tutti coloro i quali vi siano stati condannati anteriormente al Codice penale del 1791. L'art. 6 conchiude così: « riguardo a tutti gli altri condannati alle galere o alla prigionia, sia in perpetuo sia a tempo, i quali non avranno ancora subita la loro pena per

Digitized by Google

tutto il tempo fissato dalla sentenza, o per un tempo eguale al più lungo termine fissato dal Codice penale, la pena, se è della galera, sarà commutata in quella dei ferri o della reclusione, secondo il disposto del Codice penale rispetto al delitto che avrà dato materia alla condanna, e la pena della prigionia in quella della detenzione. Tutto il tempo, durante il quale i condannati avranno subìta la pena che loro sarà stata inflitta, verrà loro computato, di guisa che, se questo tempo eccede od uguaglia quello fissato dal Codice penale, verranno subito posti in libertà, se gli è inferiore, non subiranno la pena sostituita che per il tempo necessario a compiere quello fissato dal Codice penale » (1).

Analoga alla citata legge francese è la disposizione contenuta nel § 4 dell'Ordinanza transitoria annoverese in materia penale, del 20 maggio 1814 (2). Prescrive questo paragrafo la revisione, ed eventualmente la cassazione delle sentenze penali pronunziate dalle Corti criminali dell'interregno francese e vestfalico secondo il diritto francese. Ristabilita l'antica legislazione penale annoverese, i giudici dovevano rivedere quelle sentenze a tenore della medesima, sia quanto alla misura della pena, sia quanto a tutti gli altri elementi del giudizio penale. e modificarle in quanto la legge antica annoverese fosse più mite della francese, non tenendo fermo del processo già ultimato se non la determinazione del fatto, contenuta nel verdetto dei giurati.

Un'altra legge analoga alla precedente venne promulgata in Francia nel 1848. Abolita in quell'anno la pena della esposizione, una Circolare del Ministro della Giustizia del 20 aprile 1848 (3) dispose che il beneficio di questa legge venisse esteso anche ai già condannati a quella pena.

(1) V. Merlin, *Rép.*, voce *Eff. rétr.*, sez. 3ª, § 11.
(2) Ap. Seeger, pag. 144.
(3) D. *P.* 48, 3, 65.

Digitized by Google

Le fin qui citate disposizioni hanno il carattere di provvedimenti speciali ed isolati, talune hanno anche un carattere eccezionale. Ricercando ora esempi di principii generali e durevoli, noi incontriamo per primo l'articolo 18 dell'Introduzione al Diritto universale territoriale prussiano. Dispone quest'articolo (v. Vol. I, p. 55, in nota) che: « la diminuzione di una pena stabilita da una legge anteriore giova anche a quel delinquente, contro il quale questa pena non è ancor stata eseguita al tempo della pubblicazione della nuova legge ». Questa disposizione è veramente memorabile, specialmente se si pensi che nella sua generalità ella era senza esempio nella storia della legislazione penale. Nella pratica poi sembra che venisse intesa ed applicata nel senso di sottoporre a giudiziale revisione tutte le sentenze penali già pronunziate e diventate irretrattabili, avendo riguardo non soltanto al delitto in esse contemplato, ma anche alla punibilità dell'individuo (1). Quella disposizione fu subito seguita da una dichiarazione del Tribunale Camerale, che non si dovesse considerare come eseguita (*vollzogen*) la punizione pel solo fatto della traslazione del condannato nel luogo di pena, siccome era stato detto in un Rescritto del 3 ottobre 1791, e che il Tribunale si sottoponeva « con gioia » al grave aumento di lavoro che gli veniva ad essere addossato (Seeg., p. 69-138). L'articolo in discorso venne abolito, quando fu promulgato il Codice penale prussiano del 1851 (art. VIII). Un Decreto Ministeriale del 25 maggio 1851 dichiarò che al metodo introdotto dall'antica legislazione verrebbe sostituito quello dei rescritti di grazia di caso in caso.

Dopo la citata legge prussiana del 1794 noi non ne troviamo altra che abbia stabilito un principio generale intorno all'effetto della nuova legge penale più mite sulle sentenze anteriori diventate irretrattabili. Che anzi nel Belgio fu ripetuta-

(1) Ciò pare al Seeger (pag. 144), argomentando da un decreto ministeriale prussiano del 1851, del quale verrà fatta menzione fra poco nel testo.

Digitized by Google

mente fatta e ripetutamente respinta nel 1829 la proposta di introdurre un principio siffatto. La prima volta la proposta venne fatta da una Sezione degli Stati Generali, incaricata di esaminare il Codice di procedura criminale, e propriamente venne domandato che tutte quante le sentenze già pronunziate venissero rivedute, e le pene commutate conformemente al disposto del Codice penale. Fra le varie obbiezioni fatte dal Ministero, la principale era quella della santità della cosa giudicata. La seconda volta fu proposta dal signor V. A. De Secus all'assemblea dei delegati del Belgio una legge, che ordinasse cessata ogni persecuzione pei fatti commessi prima della legge nuova, e che secondo questa legge non erano più sottoposti a punizione, e doversi mitigare o togliere affatto le condanne pronunziate a termini dell'antica legge, se la nuova comminava ai rispettivi delitti una pena minore, o li prosciogliva affatto da pena. Furono ripetute in questa occasione le stesse obbiezioni che erano stata fatte nella prima, e la cosa fu rimessa alla successiva riunione (v. Van de Poll, p. 45, 50). Recentemente nel progetto di Codice penale pel Regno d'Italia sono stati introdotti due paragrafi, il cui contenuto è molto affine a quello del citato articolo 18 della Introduzione al Diritto prussiano. Il § 3 dell'art. 3 suona così: « se la pena stabilita dalla legge anteriore fosse già inflitta con sentenza divenuta irrevocabile, si sostituisce per eguale durata la pena di specie più mite stabilita dalla legge posteriore, e si riduce al massimo della durata prefissa dalla legge medesima, qualora lo ecceda ». E il § 4: « la legge posteriore più mite si applica altresì agli effetti legali delle precedenti condanne ». Se questi principii venissero tradotti in legge, il Codice penale italiano sarebbe al suo comparire il solo che ammettesse e regolasse con generali principii l'effetto retroattivo della nuova legge penale più mite sulle cose giudicate anteriori.

Chi ora confronti il contenuto delle surriferite disposizioni

Digitized by Google

legislative, scorgerà di leggieri che il principio della generale correzione delle sentenze penali, onde uniformarle alla nuova legge penale, che in qualunque punto ed elemento del giudizio penale sia più mite dell'antica, due sole volte è stato applicato in Europa, e ambedue le volte come provvedimento eccezionale. Tale infatti è il carattere della legge francese 3 settembre 1792, e della legge transitoria penale annoverese del 1814. Noi abbiamo già avuto più volte occasione nel corso di questa opera di avvertire lo spirito di politica reazione che ha presieduto a tutta la legislazione transitoria annoverese, dopo la caduta del primo Impero napoleonico. Quanto alla legge francese del 1792, fu anch'essa ispirata da sentimento ostile al precedente ordine politico e giuridico, e ne è riprova il fatto che nè gli stessi principii, nè altri analoghi sono stati emanati insieme al Codice penale del 1810. L'art. 18 della Introduzione al Diritto universale territoriale prussiano non può certamente essere posto nello stesso novero con quelle due leggi, perchè veramente in esso non si parla che di diminuzione di pena, e quindi non di altro elemento del giudizio penale, fuorchè della pena; che se l'interpretazione è andata molto più in là, come pare al Seeger essere avvenuto, fu a nostro credere arbitraria interpretazione. Dirimpetto a codesti fatti non ci pare incompetente l'osservare che l'opinione da noi combattuta deve essere veramente quale noi la dipingiamo, cioè sconveniente e pericolosa nella pratica, poichè non ebbe finora il suffragio di nessuna legislazione, che sia stata ispirata dalla scienza, e da nessun'altra specie di riguardi.

Anche un'altra cosa ci insegnano le suesposte notizie storiche, ed è che nessuna legislazione odierna neppur regola la influenza della nuova legge penale più mite sulla cosa giudicata, assegnandole giusti confini. Ciò non proviene a parer nostro da altro che dall'essere troppo larghe, anzi eccessive le proposte fatte finora dai giureconsulti che opinarono doversi

Digitized by Google

questa materia regolare in via legislativa. Per tal ragione osiamo credere che la proposta nostra, moderata com'è in vista delle pratiche convenienze, possa contribuire ad ottenere al sentimento morale dei popoli una soddisfazione, che non le si può rifiutare, mentre pur deve essere data colla necessaria prudenza. Ci congratuliamo poi con noi stessi che il nostro modo di pensare ottenga autorevole conferma dalla sua conformità con quello dei compilatori del Progetto del Codice penale del Regno d'Italia; che se il legislatore italiano avesse ancor bisogno di incoraggiamento a seguire la via additatagli da quel Progetto, e la nostra parola avesse quell' autorità che le manca, noi saremmo lietissimi di essere stati in tempo a fargliela pervenire.

Riprendendo ora in esame l'opinione da noi propugnata, crediamo opportuno insistere nuovamente sulla nostra proposizione, che ove si tratti di un reato considerato tale dalla legge nuova come dall'antica, la sola differenza fra le due leggi, di cui possano giovarsi i già condannati, sia una molto rilevante differenza nella gravità della pena.

Noi crediamo che, data la punibilità del fatto secondo entrambe le leggi penali, l'antica e la nuova, soltanto una molto maggior mitezza nelle pene sia opportuna occasione di ritoccare le sentenze penali già diventate irrevocabili, per renderle conformi alla seconda legge. Il più volte accennato art. 18 dell'Introduzione al Diritto universale territoriale prussiano, e la riferita disposizione del Progetto di Cod. pen. ital. limitano appunto in quel modo i casi della retroattività in discorso, e noi crediamo che non ci siano buone ragioni per scostarsi da questi esempi. Invero le gravi differenze nella pena sono quelle che maggiormente colpiscono gli animi dei più, molto maggiormente al certo di quelle relative ad altri elementi del giudizio penale, come p. es. agli estremi del reato, alle condizioni della imputazione, all'ammissibilità dell'azione penale. Ora la retro-

Digitized by Google

attività, di cui andiamo discorrendo, mira appunto, come dicemmo da principio, a dare una soddisfazione al sentimento morale della cittadinanza. Oltracciò, se si esce dalle differenze nella gravità delle pene, altre differenze non possono dar luogo alla retroattività della legge più mite, senza che si abbiano ad investigare in moltissimi casi circostanze di fatto accadute in un passato molto lontano, le quali investigazioni il più delle volte non si possono fare direttamente, nè si possono senza ingiusto arbitrio limitare al contenuto degli atti del processo, nei quali poteva benissimo non essere stato assunto ciò che dirimpetto alla legge d'allora non era rilevante.

Quanta debba poi essere la differenza fra le pene della legge antica e quella della legge nuova più mite, affinchè questa possa applicarsi retroattivamente, noi non possiamo concretamente determinare in modo generale. Troppa è la varietà dei sistemi penali perchè noi rispondiamo diversamente. Noi non possiamo certamente approvare il principio prussiano, che qualunque diminuzione di pena dia occasione alla retroattività in discorso, ma fors'anche il principio adottato nel Progetto di Codice penale italiano, che si abbia soltanto riguardo alla differenza di specie fra le pene, è troppo ristretto. Se per esempio un dato reato fosse punito dalla legge anteriore col carcere dai dieci anni ai venti, e dalla legge nuova col carcere dai cinque anni ai dieci, non sarebbe giusto, dopo l'attuazione di questa legge, schiudere la porta del carcere a chi vi fosse stato condannato prima per anni venti, e vi avesse già passato dieci anni? Noi ci limitiamo quindi a suggerire al legislatore che egli ordini la correzione delle sentenze anteriori, se la pena comminata ai rispettivi reati dalla legge nuova è assai meno grave, sia nella qualità, sia nella quantità, di quella comminata dalla legge anteriore, e determini poi egli stesso la differenza di gravità, cui si debba aver riguardo.

È pure ufficio del legislatore lo additare il modo di applicare

Digitized by Google

la pena stabilita dalla legge nuova più mite a coloro che hanno già scontato una parte di quella stabilita dalla legge anteriore. In questo proposito crediamo non inutile l'additare le imperfezioni del sistema seguito dagli autori del Progetto del Codice penale italiano. Qui non si distingue il caso in cui la pena nuova più mite sia omogenea a quella abolita, da quello in cui le due pene siano eterogenee, e si dice in generale doversi alla pena già inflitta sostituire per eguale durata quella di specie più mite stabilita dalla legge posteriore; come si applicherà questo principio ai casi di condanne capitali non ancora eseguite, poichè il Progetto di Codice penale italiano non ammette la pena capitale? Fra pene poi dello stesso genere, e soltanto di specie differente, come sarebbero per esempio la « reclusione » e la « prigionia », non ci pare che la pena di specie più mite, introdotta dalla nuova legge penale, torni a vantaggio dei già condannati ad una pena della specie più severa, col sostituire la prima alla seconda per lo stesso numero di anni, purchè non si ecceda il massimo prestabilito dalla legge nuova. In questo modo potrebbe accadere che chi fosse stato condannato al minimo della pena di specie più grave, abolita, venisse ora a sopportare il massimo della pena più mite stabilita dalla legge nuova. Ciò non è conforme a giustizia, perchè, essendo l'entità del reato misurata appunto dalla distanza in che la pena inflitta si trova dal minimo e dal massimo della pena in astratto, non è mai possibile che tale proporzione si cambi senza disconoscere il vero valore del delitto. Gli autori del Progetto italiano furono troppo dominati dall'idea che le differenze di mera quantità fra le pene non possano dar sufficiente ragione alla retroattività della nuova legge più mite sulle sentenze penali anteriori. Meglio essi avrebbero fatto, a parer nostro, se, imitando l'esempio della citata legge francese 3 settembre 1792, avessero detto che la sostituzione della specie più mite di pena, introdotta dalla legge

Digitized by Google

nuova, debbasi fare secondo le regole stabilite da questa legge, e meglio ancora, se avessero dichiarato doversi fare tale sostituzione osservando la proporzione in cui la pena inflitta si trovava con quella comminata dalla legge anteriore.

Le cose fin qui dette intorno all'influenza della nuova legge penale più mite sulla cosa giudicata si applicano eziandio alle vere e proprie conseguenze delle pene. A ragione quindi il Progetto di Codice penale del Regno d'Italia, dopo aver ordinato nel § 3 dell'art. 3 ciò che di sopra si è veduto, soggiunge nel § 4: « la legge posteriore più mite si applica altresì agli effetti legali delle precedenti condanne ». Intendonsi per effetti e conseguenze dirette della condanna, quelle che a termini della condanna medesima, e della legge penale su cui questa si appoggia: *a*) sono vere pene, le quali colpiranno il condannato, dopo che questi avrà scontato la pena principale, come per es. la sorveglianza della polizia e la punizione della inobbedienza ad un precetto contenuto nella condanna; oppure: *b*) sono pene accessorie che colpiscono il condannato fin dal momento in cui questi comincia a scontare la pena principale, come per es. l'interdizione dei pubblici uffici. Tutte queste conseguenze sono altrettanti elementi della punizione e della condanna, e per conseguenza deve applicarsi ad ognuna di esse tutto ciò che concerne l'autorità e l'efficacia della cosa giudicata penale, e l'influenza della nuova legge penale più mite sulla medesima. Noi abbiamo già avuto occasione di citare una sentenza della Cassazione di Parigi del 10 ottobre 1809 (v. sopra p. 347); la medesima vale ora eziandio come conferma del principio esposto dianzi, imperocchè la pena occasionata dall'arbitraria inosservanza del precetto di relegazione, è certamente un effetto della condanna alla relegazione. Abbiamo pure osservato in una precedente occasione (v. sopra p. 55) che, esistendo una legge, la quale dia alla nuova legge penale più

Digitized by Google

mite, influenza sulla cosa giudicata penale, cessa la morte civile di chi vi sia stato già condannato, e trovisi civilmente morto quando viene pronunziata l'abolizione di questa pena.

Rimane ad investigare quale autorità debba essere incaricata della correzione delle sentenze penali già pronunziate, nei casi e nei limiti sopra indicati.

Il Seeger opina (pag. 134-137) che, senza revisione del processo per parte del giudice, e per opera soltanto di autorità specialmente incaricate possano correggersi le sentenze, quando la maggior mitezza della legge nuova consista nell'avere: *a*) tolta la punibilità dell'azione, oppure, *b*) sostituita alla pena della legge antica un'altra più mite, oppure, *c*) introdotto od esteso un qualche motivo di estinzione della punibilità, per es. la prescrizione della pena. Crede invece (*ib.*) necessaria la revisione del processo per opera del giudice in altri casi, e per es. quando la legge nuova: *a*) abbia introdotto un nuovo elemento del fatto delittuoso, per es. il requisito di un certo valore della cosa rubata; oppure: *b*) abbia abolita una circostanza aggravante. Tale opinione è manifestamente connessa con quella grande estensione che abbiamo già veduto attribuirsi dal Seeger all'effetto retroattivo della nuova legge penale sulle sentenze già passate in giudicato, ed è facile rilevare che dentro ai limiti proposti da noi quell'effetto si compierebbe sempre, secondo il Seeger, senza l'opera del giudice, e per fatto di altre autorità, quali potrebbero essere per es. le autorità amministrative preposte alle case di pena.

Di contrario avviso è il Van de Poll (pag. 52-54), il quale vuole che in ogni caso la correzione della sentenza facciasi dal giudice. Egli osserva che l'applicazione della nuova legge penale è di sua natura spettante al potere giudiziario, e che, qualunque elemento del giudizio penale debba essere modificato conformemente alla legge nuova, la correzione della sen-

Digitized by Google

tenza può facilmente dare occasione a quistioni non prevedute dal legislatore, e che il solo giudice può convenientemente appianare. Anche la legge francese del 3 settembre 1792 deferì al potere giudiziario la correzione delle sentenze anteriori.

Noi pure siamo dell'avviso di Van de Poll e degli autori della citata legge francese. Ci paiono invincibili le ragioni addotte da quell'autore, e specialmente quella dell'essere in sostanza la retroattività di cui si tratta, applicazione di una legge, e quindi naturalmente spettante al potere giudiziario. Che poi la retroattività di cui discorriamo implichi veramente una disamina minuta e non sempre facile, si comprende al riflettere che la correzione delle anteriori sentenze a termini della legge nuova, implica, come noi abbiamo già dimostrato, un calcolo di proporzione fra la pena inflitta in virtù della legge antica e quella portata dalla legge nuova. Vi ha poi anche un'altra ragione, che ci pare fortissima, di attribuire al giudice la correzione in discorso, ed è che soltanto il potere giudiziario offre in un buon sistema costituzionale tutte le necessarie guarentigie affinchè non si neghi, nè si ritardi a nessun condannato il beneficio arrecatogli dalla nuova legge. Il giudice non ha neppur bisogno in queste materie che la parte interessata lo invochi; egli può anche agire dietro eccitamento del Pubblico Ministero.

Ottima poi ci sembra la regola contenuta nella più volte citata legge francese del 3 settembre 1792, che il giudice medesimo, il quale ha pronunziato nella causa in prima istanza, sia quello che corregga a termini della nuova legge la condanna passata in giudicato. Ci fa meraviglia che il Progetto italiano non designi l'autorità che deve applicare il § 3 dell'art. 3 già citato, e stimiamo non inutile consigliare il nostro legislatore a completare quella disposizione anche su tal punto, adottando quella stessa massima francese.

Ecco ora il riepilogo delle conclusioni a cui siamo venuti di mano in mano nel presente capitolo.

Digitized by Google

Una buona legislazione intorno all'efficacia della nuova legge penale più mite sulle condanne penali già pronunciate a termini di leggi anteriori, e passate in giudicato, dovrebbe contenere i seguenti principii:

1. Una pena abolita non può più essere applicata in virtù di anteriore sentenza irrevocabile.

2. Un'azione non più considerata delittuosa da una legge nuova non può più essere, o cessa di essere punita in virtù di sentenza irrevocabile anteriore a quella legge.

3. Una condanna penale già pronunziata e divenuta irrevocabile devesi mitigare o prima di eseguirla, o durante la sua esecuzione, ove sia stata pubblicata una legge, la quale commini all'autore del delitto di cui si tratta una pena molto meno grave di quella comminata dalla precedente legge.

4. La minor gravità della pena comminata dalla legge nuova, sufficiente per giustificare la correzione della condanna pronunziata, può manifestarsi tanto nella *specie*, o nella *qualità*, quanto nella *quantità* della pena. Egli è pure ufficio del legislatore il determinare con un principio generale, inserito nello stesso Codice penale, quale e quanta differenza fra la pena comminata dalla legge antica e dalla nuova dia motivo alla correzione delle condanne divenute irrevocabili vigendo la legge antica, e come si debba fare tale correzione.

5. Non si può applicare retroattivamente la nuova legge penale alle condanne anteriori, irrevocabili, se essa è più mite dell'antica nel porre gli estremi del reato, le condizioni, le circostanze aggravanti o diminuenti l'imputazione, i modi di estinzione dell'azione penale e della pena.

6. La correzione delle sentenze già divenute irrevocabili, per effetto retroattivo della nuova legge penale più mite, deve farsi dal potere giudiziario, e propriamente dallo stesso giudice da cui fu emanata la sentenza in prima istanza.

Digitized by Google

CAPITOLO XIX.

Dell'azione civile risultante dal reato.

Esposti e giustificati i principii fondamentali che regolano la retroattività delle leggi penali, e additati i limiti, per dir così, esteriori, della loro applicazione, quelli cioè rispondenti alla varia specie delle leggi penali, e alle varie fasi della penale procedura, noi dobbiamo addentrarci maggiormente nel nostro tema, e applicare quei principii ai vari elementi della legge e della giustizia penale.

Ma prima che noi esaminiamo questo campo, egli è necessario che sceveriamo dalle nostre indagini ciò che propriamente non vi appartiene. Invero dal reato nasce una duplice serie di conseguenze, penali cioè propriamente dette, e civili. Queste ultime conseguenze appunto non possono far parte dei nostri studi.

L'azione civile nascente da un reato è un vero e proprio diritto acquisito per opera della legge, come già dicemmo nella Parte generale di quest'opera (v. Vol. I, pag. 252, 264), e non già una concessione o una mera facoltà di legge, perchè il diritto alla medesima preesiste in certo modo nello stesso diritto che col reato è stato leso, e del quale l'azione è destinata ad essere un equivalente. Come diritto acquisito adunque, l'azione civile nascente dal reato non può essere tolta, nè scemata nel suo contenuto e nel suo valore da una legge posteriore. Neppure potrà una legge nuova aumentare il contenuto di tale azione, perchè, così facendo, essa violerebbe il diritto acquisito del reo di non sottostare pel fatto proprio ad oneri maggiori di quelli che gli impone la legge del tempo in cui il fatto fu compiuto (v. Vol. I, pag. 219). Potrà però una legge nuova stabilire nuove forme per l'uso dell'azione in discorso.

Digitized by Google

Quanto poi alla prescrizione della medesima, naturalmente connessa con quella dell'azione penale, noi esporremo i principii che la regolano quando ragioneremo della prescrizione in materia penale.

Consimili riflessi furono già fatti dal Merlin (*Eff. rétroact.*, pag. 289), e dal Dalloz (v° *Lois*, n. 376). Anche la Corte di cassazione di Parigi fu guidata dagli stessi principii, dichiarando nella sua sentenza dell'11 marzo 1856 (1) che le imputazioni e le restituzioni imposte al reo del delitto di usura dovessero giudicarsi secondo la legge del 19 dicembre 1850 soltanto rispetto ai delitti commessi dopo quest'epoca, e neppure si potessero riferire ad un conto corrente chiuso posteriormente a quella legge, ma aperto prima.

CAPITOLO XX.

Vari oggetti a cui si applica il canone fondamentale della dottrina della penale retroattività.

Il canone fondamentale della dottrina della retroattività penale, che cioè si debba applicare la legge antica o la nuova, secondo che l'una o l'altra sia più mite, concerne non solamente la pena, ma in generale tutti gli elementi del giudizio penale, nessuno eccettuato.

Qualunque sia l'oggetto che la legge penale contempli, basta questo solo suo carattere, perchè essa influisca direttamente o indirettamente sulla condizione del reo, e quindi si possa dire più o meno favorevole al medesimo in confronto di un'altra legge, e in particolare di una legge anteriore. Tutti gli scrittori della nostra materia diedero infatti una cotalè estensione alle loro ricerche; fra gli altri il Van de Poll, l'Abegg, lo Zachariae e il Meynne; ed anche la pratica giurisprudenza mirò sempre,

(1) D. *P.* 1856, 1ª parte, pag. 407.

Digitized by Google

come in seguito vedremo, a dare la maggiore estensione possibile al principio che fra l'antica legge penale e la nuova debbasi applicare di preferenza la più mite. Più concretamente parlando, noi diremo che quel canone è applicabile tanto: *a*) all'apprezzamento del fatto imputato al reo, e *b*) alla determinazione della pena, quanto *c*) ai mezzi di cui la giustizia penale si serve sia per addivenire a quell'apprezzamento e a quella determinazione, sia per l'esecuzione della pena inflitta.

Altri dicono, meno chiaramente, che il canone in discorso applicasi tanto al diritto penale *materiale*, quanto al *formale*, od alla procedura. Certo si è che anche il metodo di procedere delle autorità giudiziarie nell'amministrazione della giustizia penale, cioè i modi e i mezzi nei quali e coi quali esse chiamano a rispondere davanti a sè una persona sospetta di un reato, e poi acquistano la persuasione dell'operato della medesima, pronunziano la sentenza, e le danno effetto, sono altrettanti punti, nei quali la nuova legge può essere più o meno favorevole al reo dell'antica, sia coll'esiger più, sia coll'esiger meno. Certo è del pari che ogni nuova legge intorno alla penale procedura, al pari di qualunque altra innovazione nel sistema penale, si deve supporre più conforme a giustizia della precedente, e propriamente più idonea di questa ad assicurare gli scopi della giustizia penale; ma se con tale intendimento il legislatore ha emanato una nuova legge processuale più rigorosa dell'antica, militano talvolta contro l'applicazione retroattiva di questa legge gli stessi riguardi pratici da noi addotti per combattere in generale la retroattività delle nuove leggi penali più severe. Diciamo *talvolta*, e il ricercare quali propriamente siano i casi e i limiti della non retroattività delle leggi procedurali penali, spetta certamente alla dottrina della penale retroattività, anzichè a quella della retroattività delle leggi di procedura in generale, alla quale ultima dottrina sarà dedicata una parte speciale dell'opera presente.

Digitized by Google

Volendo ora distinguere ed enumerare i vari elementi dell'amministrazione della giustizia penale, cui poi verremo applicando il canone fondamentale del gius transitorio penale, ottimo metodo ci sembra il seguire lo stesso naturale andamento di quell'amministrazione.

Ragioneremo quindi: 1° dell'azione penale; 2° della prescrizione dell'azione penale e della pena; 3° del tribunale competente; 4° delle condizioni e degli elementi costitutivi del reato; 5° della pena e delle circostanze che l'aggravano o la diminuiscono; 6° delle prove; 7° del rito processuale; 8° della sentenza e dei rimedi contro la medesima.

CAPITOLO XXI.

Come praticamente si facciano la scelta e l'applicazione della legge penale più mite.

Nella pratica applicazione del canone fondamentale della teoria della penale retroattività conviene avere norme opportune per determinare quale sia veramente la più mite fra due leggi penali, l'antica e la nuova. Noi dobbiamo ora accingerci a stabilirle.

Dice benissimo il Meynne (pag. 51-53) che la maggiore o minore mitezza di una legge penale in confronto di un'altra si deve ricercare considerando la legge non già in astratto, cioè obbiettivamente, ma bensì in relazione al caso pratico di cui è quistione, o subbiettivamente. Egli osserva benissimo che per es. una legge, la quale non punisca l'attentato allorquando il reato non sia stato consumato per volontaria desistenza del reo, mentre la legge anteriore anche in questo caso lo puniva, oppure una legge, la quale punisca i semplici favoreggiatori del reo meno dei veri e propri complici, mentre la legge anteriore li puniva tutti egualmente, non sarebbe più

Digitized by Google

mite se non in confronto di chi sotto l'impero della legge anteriore avesse realmente desistito da un reato cominciato e non consumato, oppure avesse soltanto favoreggiato un reato altrui, ma non si fosse realmente associato ad un altro nel commetterlo.

Ora si domanda in che cosa veramente si riveli la maggiore mitezza di una legge penale confrontata con un'altra, e riferita a un dato caso pratico e a determinate persone.

Noi crediamo doversi qui distinguere le leggi penali dette *materiali*, cioè concernenti l'oggetto del penale giudizio, dalle leggi dette *formali* o giudiziarie, cioè concernenti l'organizzazione dei tribunali e la procedura davanti ai medesimi.

Rispetto alle prime, la maggiore o minore severità della legge penale si rivela, a parer nostro, nell'uno o nell'altro di questi due effetti: *a*) nel rendere o nel non rendere possibile la punizione dell'imputato; *b*) nell'infliggere una pena maggiore o minore, cioè più o meno grave. Invero l'effetto ultimo della giustizia penale cade sull'uomo, e consiste evidentemente nel punire o nel non punire, e nell'infliggere una determinata pena anzichè un'altra. Su questi effetti poi possono influire nei singoli casi pratici le disposizioni della legge, relative a differenti elementi del giudizio penale. Così per es. l'impunità può essere cagionata dalle disposizioni della legge circa gli elementi costitutivi del reato, oppure circa le cause escludenti l'imputabilità, oppure circa la prescrizione dell'azione penale; una minor quantità di pena può essere cagionata dai principii della legge intorno alla qualifica del fatto, oppure intorno alle circostanze aggravanti, oppure intorno alla scala delle pene. Ma ogniqualvolta una legge o un principio qualunque di diritto penale dicesi essere più vantaggioso di un altro ad una data persona, s'intende dire che questa persona, in virtù di tal legge o principio, verrebbe ad essere impunita, oppure punita meno gravemente.

Digitized by Google

Rispetto alle leggi della seconda specie, la maggiore o minore severità in confronto dell' imputato si rivela: *a*) nel rendere indirettamente possibile od impossibile la punizione dell'imputato; *b*) nel rendere più o meno facile la difesa dell'accusato. Così per es. la legge che richiede in un dato caso l'azione privata, è più favorevole al reo di quella che istituisce l'azione pubblica, e la legge che non permette una condanna capitale, ove il reato non sia stato provato colla confessione del reo, o mediante testimoni, è più favorevole al reo di quella che la permette anche dietro semplici indizi. Ed anche il favorire più o meno la difesa dell'accusato è un carattere e un effetto proprio delle leggi penali giudiziarie. Lo scopo invero dei tribunali e della penale procedura è quello di scoprire la verità, cui l'imputazione e l'accusa si riferiscono, e quindi principalmente di procurare e guarentire all'imputato o all'accusato tutti i mezzi più appropriati onde dimostrare la propria innocenza e non essere ingiustamente giudicato.

Egli è vero che ogni legislatore si presume aver di mira la più sicura scoperta della verità, ogniqualvolta introduce modificazioni nel vigente sistema di procedura penale, ma ciò nondimeno può darsi, e nel fatto si dà, che un sistema sia preferibile ad un altro nel raggiungere quello scopo, che qualche importante guarentigia del reo manchi in uno e trovisi invece in un altro. Ella è poi cosa evidente che della retroattività delle leggi penali giudiziarie si può abusare colle stesse mire colle quali si può abusare di quella delle leggi di diritto penale materiale; ed anzi i fatti ci provano che le persecuzioni politiche si sono anche nel nostro secolo consumate col soccorso di tribunali eccezionali, anzichè di nuove punizioni più rigorose. Quasi tutti gli scrittori di gius transitorio penale hanno quindi a buon diritto estese le loro considerazioni, ed applicato il principio della preferenza della più mite fra le due leggi antica e nuova, anche alla procedura. Nè rade volte, come in

Digitized by Google

seguito vedremo, la pratica giurisprudenza rifiutossi di applicare retroattivamente una legge giudiziaria, che poneva l'accusato in una situazione più svantaggiosa di quella in cui lo poneva la legge sotto la quale era stato commesso il fatto incriminato. Vuolsi però badare di non dare soverchia estensione all'esposto principio. Non si deve già intendere che basti per giustificare o per escludere l'applicazione retroattiva di una nuova legge giudiziaria, il favorire la medesima più o meno della legge anteriore l'impunità dell'imputato o dell'accusato, chè in questo modo si offenderebbe la giustizia, invece di meglio assicurarla, ma soltanto e propriamente che la legge nuova sia o non sia retroattiva soltanto perchè attribuisca o tolga all'imputato o all'accusato qualche utile guarentigia contro un'ingiusta sentenza, e soltanto rispetto alla medesima. Ogni guarentigia siffatta è detta dal Meynne (pag. 118, 119) un mezzo di difesa, e noi pure crediamo potersi adottare questo concetto nel porre il principio regolatore della retroattività delle leggi penali giudiziarie.

Non è per verità sempre facile il decidere se le differenze fra le leggi penali giudiziarie concernano o no i mezzi di difesa dell'imputato o accusato, e le guarentigie del medesimo contro un'ingiusta decisione. La massima difficoltà s'incontra quando non un punto isolato del sistema penale giudiziario sia stato modificato, ma tutto il sistema sia stato rimaneggiato per introdurne uno nuovo. In questi casi non si potrà il più delle volte definire se una istituzione favorevole, che prima esisteva ed ora manca, non sia compensata da qualche altra introdotta di nuovo. Per questo motivo appunto noi crediamo che in tali casi non vi possa essere mai ragione di tenere in vigore l'antico sistema giudiziario pei reati anteriori e pei processi pendenti, fuorchè ove sia fuor di dubbio che il legislatore, promulgando il nuovo sistema, ebbe tutt'altra mira che di perfezionare il sistema vigente. Ritorneremo a suo tempo su questa propo-

Digitized by Google

sizione, e vedremo come essa consuoni colle dottrine ricevute dalla giurisprudenza del nostro secolo.

Qualunque poi sia il caso da decidere, il giudice non deve dimenticare una regola insegnata da quasi tutti gli scrittori, ove accada che le due leggi, antica e nuova, differiscano rispetto a parecchi punti contemporaneamente, ma non in tutti nello stesso senso.

Fingasi per es. che il nuovo Codice penale introduca per un dato reato una circostanza attenuante sconosciuta al Codice anteriore, e che in pari tempo commini una pena più grave di quella comminata dal Codice anteriore allo stesso reato; oppure fingasi che, emanata una nuova legge penale su di un argomento isolato, per es. sull'attentato, questa legge sia più severa dell'anteriore in qualche punto, meno severa in qualche altro, e quanto all'attentato in particolare stabilisca la necessità di un principio d'esecuzione, che la legge anteriore non richiedeva, ma in pari tempo aumenti la pena da quella legge comminata.

In tutti i casi di questo genere è comune insegnamento degli scrittori che non si possano applicare al delinquente contemporaneamente in differenti punti le disposizioni di due leggi differenti, ma che, considerato il caso nella totalità sua secondo ciascheduna legge, si confrontino poi le due differenti soluzioni, onde preferire quella che si trova essere più favorevole al delinquente, applicare cioè la minore delle punizioni derivanti dalle due leggi. Nei casi finti poc'anzi non si potrà in pari tempo applicare allo stesso delinquente la pena minore comminata dalla legge anteriore, e la circostanza attenuante introdotta dalla nuova, nè rispetto allo stesso attentato richiedere il principio di esecuzione secondo la legge nuova, e in pari tempo applicargli la pena più mite comminata dalla legge anteriore.

Digitized by Google

Noi pure professiamo quel principio, e ci par facile il dimostrarlo. Invero nella dottrina della retroattività penale trattasi di vedere quale fra due leggi, antica e nuova, debba essere applicata di preferenza, e il criterio della scelta si ripone nel minor danno del reo; il metodo invece che noi combattiamo, applica al reo un trattamento che per essere una combinazione delle due leggi, non è propriamente desunto nè dall'antica legge, nè dalla nuova. Quel metodo inoltre mira piuttosto ad infliggere al reo il minor male possibile assolutamente, che ad applicargli la meno sfavorevole delle due leggi in conflitto, mentre per se medesimo quel riguardo al reo non sorgerebbe se questo conflitto non esistesse, e le stesse ragioni per le quali fra l'antica legge e la nuova suolsi prescegliere la meno sfavorevole, vedemmo a suo luogo essere ben altro che un mero riguardo filantropico ai delinquenti.

Si oppone al principio in discorso il prof. Berner (pag. 54), il quale nega che sia un mescolare insieme le due leggi, antica e la nuova, il desumere da una di esse il minimo della pena e dall'altra il massimo, se le due leggi differiscano in senso inverso nell'uno e nell'altro punto. Ai signori Chauveau ed Hélie che affermarono il contrario, il sullodato professore risponde (pag. 55) che se il giudice scende al dissotto del minimo della legge nuova, per applicare il minimo più basso della legge antica, in realtà si attiene esclusivamente alla legge antica, e per converso, se non oltrepassa il massimo della legge nuova, meno elevato di quello dell'antica, si attiene in realtà esclusivamente alla legge nuova. Ma questo ci sembra un vano discorso. Mentre il Berner ragiona di applicazione del minimo, e di applicazione del massimo, i suoi avversari ragionano invece della determinazione della pena fra il minimo e il massimo, e della previa posizione di questi due estremi. Egli è nel porre questi due estremi che i citati autori negano potersi applicare contemporaneamente le due leggi, cioè l'una per stabilire il minimo, l'altra per

Digitized by Google

stabilire il massimo, lo che sarebbe al certo una combinazione di ambedue; il prof. Berner è ben lungi dall'avere dimostrato il contrario.

Tra i molti fautori dell'opinione che non si possano combinare le due leggi, antica e nuova, nel decidere il medesimo caso penale, ma che questo deve essere totalmente ed esclusivamente deciso secondo l'una o secondo l'altra legge, vogliono essere ricordati, oltre ai citati Chauveau ed Hélie (*Comm.*, Vol. I, pag. 12), Abegg (pag. 497), Van de Poll (pag. 22), Zachariae (pag. 39) e Seeger (pag. 195, 176).

La stessa opinione trovasi sancita in parecchie leggi positive, come per es. nella Patente di promulgazione del Codice penale Sassone del 31 marzo 1838, § 2, e di quello del 13 agosto 1855 § 6, e in quella del Codice penale di Turingia (ap. Seeger, pag. 150 e 175, in nota).

Non meno numerose sono le decisioni di autorevoli tribunali nello stesso senso. Citeremo fra le altre una decisione del Tribunale superiore di Prussia, riferita dal Berner (pag. 56) nei seguenti termini: « non si può ammettere che nel punire una data azione desumasi la pena parte dall'antico e parte dal nuovo diritto penale, e mescolando l'un diritto coll'altro si addivenga in ultimo risultato ad una pena che non appartiene nè all'uno, nè all'altro. Vuolsi piuttosto decidere quale sia la pena più mite, considerando anzitutto nella sua totalità la pena comminata in ciascun sistema, e confrontando poi le due pene fra di loro, ecc. ». La Corte di cassazione di Milano non fu meno esplicita in parecchie sue decisioni, colle quali confermò ripetutamente la stessa massima. Ricordiamo fra le altre le sentenze del 7 e del 14 maggio 1864 (1), del 1° luglio 1865 (2). In quest'ultima sentenza quella Corte dichiarò che: « per la retta applicazione dell'art. 3 del Codice

(1) *Collez. delle sent. di Cassazione*, detto anno, pag. 189 e 301.
(2) *Ib.*, anno 1865, pag. 331.

Digitized by Google

penale (1) egli è ufficio dei giudici del diritto l'apprezzare esattamente quale sia la pena della quale dovrebbe essere colpito il reato secondo la legislazione vigente al tempo in cui fu commesso, e quale quella da applicarvi secondo la posteriore legislazione vigente al tempo del giudizio, senza che in ciò sia lecito ai medesimi di attenersi ad alcune disposizioni della precedente e ad altre della posteriore legge penale, dappoichè verrebbero in tal modo a costituirsi eglino stessi in legislatori, e formerebbero in certa guisa una terza legislazione, la quale più non sarebbe nè l'una, nè l'altra di quelle a cui accenna il citato articolo 3 ». Lo stesso ebbe a sentenziare la Cassazione di Firenze, 21 febbraio 1872 (2), in materia di prescrizione penale.

CAPITOLO XXII.

Dell'istanza pubblica e dell'istanza privata.

È questo il tema da cui ci proponemmo di cominciare le nostre considerazioni intorno ai progressivi periodi dell'amministrazione della giustizia penale. L'istanza privata, che noi contrapponiamo alla pubblica, è quella che la legge attribuisce esclusivamente alle persone danneggiate dal reato, ed è condizione necessaria affinchè un dato reato esista; così per es. se il marito non intenta l'azione penale di adulterio, nessun altro può intentarla, e adulterio punibile non esiste. Non è invece istanza privata l'azione penale che per tutti, od anche per alcuni reati soltanto, può essere intentata da privati non interessati, e agenti in tal occasione come pubblici funzionari; una tale azione, o istanza, appunto perchè tutti la possono intentare, è da chiamarsi pubblica. E se intorno al modo in cui quest'ultima deve essere

(1) Codice penale Sardo-Lombardo.
(2) *A. G.* VI, 1, 83.

Digitized by Google

esercitata mutano i principii della legislazione, non v'ha dubbio, come osservano il Van de Poll (pag. 63), e il Meynne (pag. 142), che la nuova legge deve essere applicata anche ai reati già commessi e non ancora puniti. Imperocchè, una volta ammesso che la società abbia ragione e interesse di ricercare e di punire gli autori di certe azioni, ogni innovazione circa i modi nei quali essa esercita un tale suo diritto, deve essere ritenuta un perfezionamento dell'amministrazione penale, e non mai un'ingiusta persecuzione di nessuno.

Ma se la legge nuova diversifica dall'antica nel considerare l'azione privata necessaria all'esistenza ed alla punibilità di un certo reato, reputano tutti gli scrittori del gius transitorio penale, e noi dividiamo la loro opinione, che a tal materia si debba applicare il canone fondamentale della teoria della penale retroattività. Se cioè la nuova legge abolisce l'azione pubblica e ammette la sola azione privata, per un reato che prima era di pubblica azione, quella legge deve essere applicata retroattivamente, cioè anche ai reati commessi e non ancora puniti sotto la legge precedente. Nel caso contrario è invece comune opinione, e anche nostra, che la nuova legge non possa venire applicata retroattivamente, e che i reati non ancora puniti sotto la legge precedente non possano esserlo, se la parte privata a cui spetta intentare l'azione penale, non la intenta. Invero, ove altrimenti si pensasse, come si potrebbe non prevedere il pericolo che la legge nuova venisse proposta colla mira di nuocere a determinate persone, la cui punizione a termini dell'antica legge si sapesse ormai diventata impossibile o poco probabile?

Fra gli scrittori, che seguono le stesse opinioni suesposte, ricorderemo Abegg (pag. 498), Van de Poll (pag. 63), Zachariae (pag. 58) e Seeger (pag. 175). Similmente l'applicazione retroattiva di una legge che abolisce in certi casi l'istanza pubblica è voluta dalle Patenti di promulgazione del Codice pe-

Digitized by Google

nale di Brunswick (D., IX, ap. Seeger, pag. 173), Weimar (art. 91, *ib.*), Sondershausen (*ib.*), Rudolfstadt (*ib.*), Meiningen (*ib.*), Reuss (*ib.*), Coburgo (art. 5, *ib.*), Gotha (art. 7), Sassonia del 1855 (§ 8, *ib.*), Baden del 1845 (§ 7, *ib.*), e del 1851 (§ 8, *ib.*), e dal Codice penale vurtemberghese (art. 3, *ib.*). Tutti questi Codici esigono in pari tempo che si ecciti la parte cui spetterebbe per la nuova legge il diritto d'intentare l'azione penale, a dichiarare se di questo diritto voglia far uso. Gli stessi Codici escludono nei citati luoghi l'azione retroattiva della legge che introduca l'istanza pubblica per reati rispetto ai quali la legge anteriore non ammetteva che l'istanza privata. E quest'ultima opinione ebbe in Italia anche il suffragio della Corte d'appello di Roma, 6 aprile 1877 (1).

CAPITOLO XXIII.

Della prescrizione dell'azione penale e della pena.

Tutte le legislazioni penali ammettono che il decorso di un certo lasso di tempo dal giorno in cui fu commesso un reato o venne pronunziata una condanna penale, che non ebbe effetto sul reo, impedisca di per sè solo che si istituisca o si rinnovi il penale procedimento, o che si applichi la pena. La difficoltà di ottenere la prova di un reato accaduto da molto tempo, il riguardo alla penosa situazione del reo per tutto quel tempo in cui l'autorità fu sulle sue tracce, la minore efficacia che naturalmente viene ad avere sulla pubblica opinione una punizione inflitta a molta distanza di tempo dal delitto, sono ragioni evidentemente bastevoli a giustificare quel principio. Differiscono però le legislazioni nel fissare la durata della prescrizione, e le condizioni di questa; vi ha eziandio qualche

(1) *F. I.* 1877, II, 46.

Digitized by Google

legislazione che non ammette affatto la prescrizione di certi reati, come per es. il Codice penale austriaco del 1803 e così pure gli antichi Codici penali dell'Annover e della Baviera non ammettevano la prescrizione dei delitti capitali.

La prescrizione in materia penale è affatto differente dalla prescrizione civile, come noi abbiamo già avvertito nel volume primo di quest'opera (p. 350-351). La prescrizione civile è bensì una istituzione di ordine pubblico, ma di cui il privato può fare a meno di giovarsi; la prescrizione penale invece è voluta dallo Stato nel modo istesso in cui la pena è voluta, epperò il giudice deve tenerne conto *ex officio*, se il reo non la eccepisce. Nella giurisprudenza transitoria in particolare la notata differenza fra la prescrizione civile e la criminale conduce a considerare l'influenza della legge nuova da punti di vista affatto differenti. Nel gius civile si ricerca se l'acquisto di un diritto tragga seco anche il diritto di escludere o di limitare l'azione retroattiva della nuova legge intorno alla prescrizione; nel gius criminale diritti acquisiti non vi possono mai essere contro l'applicazione di una legge nuova. La retroattività della nuova legge sulla prescrizione penale può soltanto essere considerata e determinata col soccorso di quei principii di pubblico ordine e di pratica convenienza, che abbiamo posti a fondamento di tutta la teoria della penale retroattività.

Discordano appunto gli scrittori del gius transitorio nel decidere se ed in quali casi le nuove leggi sulla prescrizione in materia penale debbano avere effetto retroattivo. Mentre nessuno ha mai dubitato, nè potrebbe di certo dubitare che la prescrizione, sia dell'azione penale, sia della pena, una volta compiuta, al pari di tutti i fatti compiuti non possa più essere rivocata da una legge nuova (v. Vol. I di quest'opera, pag. 34), non sono invece sempre concordi le opinioni intorno alla legge da applicare alle prescrizioni che sono in corso quando viene attuata una legge nuova, differente in qualche punto dall'an-

Digitized by Google

tica su tale argomento. Anche la giurisprudenza è varia ed oscillante in proposito. Lo studio di questa quistione però ha fatto progressi in questi ultimi tempi, specialmente per opera del Meynne, il quale sottopose ad un esame assennatissimo le opinioni dei suoi predecessori.

Benchè sogliasi trattare contemporaneamente della prescrizione dell'azione penale e della prescrizione della pena, noi crediamo di dover seguire il contrario esempio, datoci dal Vazeille e dal Brun de Villeret (1). Imperocchè, essendo la prescrizione della pena una determinazione dell'effetto della sentenza, noi opiniamo che l'effetto retroattivo della nuova legge su tale prescrizione si debba determinare con speciale riguardo all'autorità della cosa giudicata.

La nuova legge sulla prescrizione dell'azione penale può differire dalla precedente: *a*) circa l'ammissibilità o l'inammissibilità della prescrizione rispetto a un dato reato; *b*) circa la durata della prescrizione; *c*) circa gli altri requisiti della medesima.

Qualunque siano le discrepanze fra la nuova e l'antica legge intorno alla prescrizione dell'azione, le differenti opinioni circa la legge da applicarsi alle prescrizioni correnti, possono ridursi, come bene osserva il Meynne, a quattro.

Vi fu chi pensò doversi applicare di preferenza la legge antica. Questa opinione, propugnata fra gli altri dal Bauer (ap. Van de Poll, p. 69, nota 1), fu anche la prima accolta dalla Cassazione di Francia, come lo provano per es. le sentenze del 6 messidoro anno VII (2), e del 24 ventoso anno XIII (3). Principale argomento fu l'art. 2281 del Codice Napoleone, che si pretese applicare anche alle materie penali, e special-

(1) *Traité théor. et prat. de la prescript. en matière criminelle*, Paris 1863, pag. 63 e segg.
(2) *Pasicr.*, 1ª sez., 1ª part., Vol. 1, pag. 362.
(3) *Pasicr.*, ib., Vol. 3, pag. 602.

Digitized by Google

mente il dare per ragione a questo medesimo articolo un preteso diritto acquisito del prescrivente a continuare la prescrizione secondo la legge sotto la quale la cominciò, ove questa sia meno rigorosa della nuova, e la mancanza nel prescrivente di ogni fondamento per aspettarsi una legge meno rigorosa, nel caso contrario (v. Meynne, p. 171). Osservarono inoltre i fautori di quella opinione che dall'avviso contrario verrebbe una conseguenza, assurda a loro credere, che cioè di due persone le quali avessero commesso lo stesso reato a distanza di pochi giorni l'una dall'altra, quella che lo avesse commesso per la seconda dovrebbe aspettare ancor molti anni a compiere la prescrizione dell'azione, se nel giorno in cui si compisse la prescrizione a vantaggio di quella che commise il reato per la prima, venisse attuata una nuova legge che allungasse di molti anni il termine prescrizionale. Siffatta opinione non conta più fautori al giorno d'oggi. — Altri pensò, ma anche questa è una opinione ormai abbandonata, che le prescrizioni correnti sotto due leggi differenti debbano essere regolate da ambedue le leggi in proporzione al tempo che decorse sotto l'impero di ciascheduna. La stessa opinione noi abbiamo veduto essere stata seguita da parecchi scrittori rispetto alla prescrizione civile (v. Vol. I, pag. 360). Nel diritto criminale fra gli scrittori che la propugnarono fu il Merlin, nel suo ufficio di procuratore presso la Corte di cassazione di Parigi, in parecchi casi che si presentarono nel passaggio dalla legislazione penale del 25 settembre 1791 a quella del 3 brumale anno IV, e a quella del 1808 (v. Merlin, *Rép.*, voce *Prescript.*, sez. I, § III, X). Vedremo in seguito che il Merlin si ricredette poi di tale opinione. La dimostrazione che egli ne diede si riduce al seguente ragionamento. È principio che le leggi antiche conservano il loro vigore fino a che non siano state abrogate, e che dopo questa abrogazione, nulla più deve rimanere della loro autorità; per conseguenza le prescrizioni che corrono sotto due diverse leggi

Digitized by Google

devono essere regolate da ciascheduna legge in quella parte che ne passò durante il suo impero, il che equivale a dire che in quello stesso rapporto in cui il tempo trascorso fra il punto di partenza della prescrizione secondo la legge antica, e la pubblicazione della legge nuova, si trova col termine prescrizionale dell'antica legge, devesi pur trovare il tempo che rimane a compiere la prescrizione col termine prescrizionale stabilito dalla legge nuova (1). L'opinione del Merlin prevalse per molto tempo nella Corte di cassazione di Parigi, come lo provano le sentenze del 26 floreale anno 13 (2), 29 aprile (3), 7 maggio (4), 23 giugno (5), 18 agosto 1808 (6).

Una terza opinione è quella dell'applicazione della nuova legge a tutte le prescrizioni correnti al momento della sua attuazione. Essa non si è fatta molta strada finora nella giurisprudenza pratica, ma conta fra i suoi fautori più d'uno autorevole scrittore. Tale fu l' insegnamento di Zachariae (p. 43-45), e dopo di lui Van de Poll (p. 67), di Haus (op. cit., n. 239 di 583, II), di Bertauld (op. cit., pén. 8 leç., p. 190), di Wächter (op. cit., ap. Seeg., p. 166, nota 1), e di Meynne (p. 177). Questi scrittori ne adducono per ragione principale il non peggiorarsi la condizione del reo, il non infliggersi al reo un male maggiore di quello che egli abbia meritato, per la circostanza che venga o abolita la prescrizione ammessa e cominciata sotto l'impero della legge precedente, o che la medesima venga prolungata, o fatta dipendere da una condizione che la precedente legge ignorava, o che sia più difficile ad avverarsi di un'altra analoga, imposta da quella legge. Il reo che sperava di compiere la prescrizione in minor tempo, o a condizioni meno

(1) V. l'esempio riferito in nota a pag. 281, Vol. I di quest'opera.
(2) *Pasicr.*, 1ª sez., 1ª part., Vol. 4, pag. 26.
(3) *Ib.*, Vol. 5, pag. 73.
(4) *Ib.*, pag. 79.
(5) *Ib.*, pag. 113.
(6) *Ib.*, pag. 152.

Digitized by Google

difficili di quelle della legge nuova, aveva una mera aspettativa o speranza, ma nessun diritto di approfittare della legge antica sotto cui avea cominciato a prescrivere. Anche il Seeger (pagine 167-168) ha per buone cotali ragioni, ma pur non ostante egli crede che la nuova legge prescrizionale non debba essere retroattiva, quando nol consenta la natura dei motivi che indussero il legislatore ad emanarla. Se questi motivi sono desunti da circostanze passeggere, come per es. da una maggior gravità che il legislatore attribuisca a un dato reato, considerato non per sè, ma in relazione alla condizione momentanea della società, la prescrizione penale resa meno facile dalla legge nuova, non potrà applicarsi ai reati commessi sotto l'impero della legge precedente; il contrario nel caso opposto. — Questa terza opinione è stata pure introdotta nel Codice penale bavarese del 1813 (art. 2), opera del celebre Feuerbach. Fra i giudicati che l'hanno confermata, voglionsi citare due sentenze della Corte di cassazione e della Corte d'appello di Bruxelles del 13 e del 25 marzo 1838 (1).

La quarta ed ultima opinione che ci rimane a menzionare, e la più comunemente accettata così dagli scrittori, come dalla giurisprudenza e dalle legislazioni, è l'opinione che si applichi alle nuove leggi sulla prescrizione il principio fondamentale che presiede a tutta la dottrina della penale retroattività, cioè sia retroattiva la nuova legge sulla prescrizione penale, se più favorevole al reo della precedente, non lo sia se meno favorevole.

Fra gli scrittori che l'hanno propugnata voglionsi ricordare Mailher de Chassat (2, p. 298), Mangin (*Traité de l'act. publ.*, ch. IV, sez. 2ª, p. 1), Hélie (op. cit., III, § 189), Trébutien (op. cit., I, p. 86-89, ap. Meynne, p. 174, nota 2), Rauter (op. cit., III, n. 852), Morin (*Rép.*, voce *Eff. rétr.*, n. 16), Blanche (op. cit., art. 4, n. 34), Favard de Langlade (*Rép.*, voce *Prescr.*, sect. I, § 4), Dalloz (*Rép.*, voce *Prescr. crim.*, § 12),

(1) Ap. Seeger, pag. 166, nota 1.

Digitized by Google

Costurier (*Tr. de la prescr. en mat. crim.*, ch. XV, n. 150), Brun de Villeret (op. cit., n. 100), lo stesso Merlin (v. Brun de Villeret, *id. ib.*) dopo che si ricredette di un'altra precedente sua opinione da noi riferita precedentemente, Köstlin (*Syst.*, p. 53, ap. Seeg., p. 166, nota 1), Berner (p. 56 e segg.), e Carrara (*Progr. P. Gen.*, § 770 e segg.).

Fra le legislazioni l'opinione in discorso trovasi adottata nella più volte citata Patente brunswickese (§ VIII), nella badese del 1845 (§ 6), e in quella del 1841 (§ 7), così pure nel Codice penale prussiano del 1851 (art. V). Anche il Progetto di Codice penale del Regno d'Italia dispone all'art. 88: « qualora le disposizioni della nuova legge relativa alla prescrizione dell'azione penale e delle pene, e quelle stabilite dalle leggi anteriori fossero diverse, si applicheranno le più favorevoli all'imputato ». Il Seeger poi ci attesta (p. 172) che la medesima sentenza può dedursi dai termini generali nei quali è formulato il principio direttivo dell'applicazione retroattiva delle nuove leggi penali, nei Codici penali che vigevano nel 1862 nel Virtemberg, nell'Assia, nel Nassau, a Francoforte, a Coburgo, nell'Austria, nel Regno di Sassonia, nell'Oldemburgo e nella Baviera.

Nella giurisprudenza francese l'opinione di cui parliamo è fermamente stabilita, dappoichè la Corte di cassazione di Parigi con una sentenza 18 giugno 1812 (1) abbandonò per la prima volta l'antico sistema che le era stato suggerito dal Merlin, siccome disopra dicemmo. Causa di tale mutamento fu la pubblicazione del più volte da noi citato Decreto imperiale del 23 luglio 1810, il quale stabilì la massima che la nuova pena più severa dell'antica non si dovesse applicare ai reati anteriori, avendo la Corte di cassazione creduto di potere estendere quel principio anche agli altri elementi del giudizio penale, oltre alla pena, della quale soltanto propriamente vi si

(1) D. *R.*, voce *Lois*, n. 383.

Digitized by Google

ragiona (1). D'allora in poi la Corte di cassazione di Parigi non si è più scostata dalla nuova sua opinione, come lo provano le sentenze 30 luglio (2), 7 settembre (3), 10 dicembre 1812 (4), 7 gennaio (5), 22 aprile (6), 6 maggio (7), 4 novembre 1813 (8), 29 aprile 1815 (9), 21 agosto 1817 (10), 25 novembre 1831 (11). Nello stesso senso decise pure la Corte d'appello di Parigi colla sentenza 8 aprile 1853 (12).

Quanto alle ragioni addotte per sostenere l'opinione ultima accennata, esse riduconsi in tutti gli scrittori a quelle medesime che indussero la Corte di cassazione di Parigi ad applicare all'argomento in discorso il Decreto imperiale del 1810, checchè si pensi del resto intorno alla giustezza di questa applicazione. Ecco per es. le parole di Mailher de Chassat (l. c.), le quali consuonano coll'argomentazione di tutti gli altri fautori dello stesso avviso. « Ragionando per analogia si dovrà dire che nel modo istesso in cui la pena più mite pronunziata dalla legge antica o dalla nuova deve essere preferita, così pure dovrà sempre essere preferita la prescrizione più breve, statuita dalla legge antica o dalla nuova. Gli stessi principii e le stesse ragioni conducono all'una soluzione e all'altra ». In altri termini, tutti coloro i quali pensano che la legge nuova e più severa intorno alla prescrizione non deve essere applicata alle prescrizioni correnti, pensano così perchè ritengono che, una volta stabilita la

(1) *Néanmoins si la nature de la peine prononcée par le nouveau Code pénal était moins forte, etc.*
(2) *Pasicr.*, 1ª serie, 1ª part., Vol. 6, pag. 570.
(3) *Ib.*, pag. 616.
(4) Ap. Brun de Villeret, op. cit., pag. 79.
(5) *Ib.*, Vol. 7, pag. 79.
(6) *Ib.*, pag. 210.
(7) *Ib.*, pag. 225.
(8) *Ib.*, pag. 417.
(9) Ap. Meynne, pag. 174, nota 1.
(10) *Ib.*, pag. 611.
(11) *Ib.*
(12) *Ib.*

Digitized by Google

massima della applicazione della più mite fra le due leggi penali, antica e nuova, questa massima debbasi applicare a tutti quanti gli elementi del giudizio penale, niuno eccettuato.

Delle surriferite opinioni scorge facilmente il nostro lettore quali e per quali ragioni debbano essere da noi scartate.

Chi invero pretende che la prescrizione penale si debba regolare secondo la legge vigente al tempo del reato, adducendo il diritto quesito del prescrivente a non essere sottoposto a processo dopo decorso il tempo a ciò prestabilito dalla legge sotto il cui impero commise il reato, mostra di non avere un esatto concetto del diritto acquisito. Questo deve, prima d'ogni altra cosa, essere propriamente introdotto dalla legge a vantaggio dell'individuo che se ne trova investito, come noi abbiamo osservato nella parte generale di quest'opera (Vol. I, p. 200); ora la prescrizione non è di certo stata introdotta onde migliorare la condizione dei rei, ma per considerazioni di tutt'altra natura. Ripugna poi al buon senso che il diritto di prescrivere l'azione penale sia acquisito col fatto di aver commesso il reato. — Peggiore ancora è l'argomento che alcuni giureconsulti francesi vollero desumere dall'art. 2281 del Codice civile. Questo articolo, come non mancò di osservare il Merlin (l. c., p. 501), seguito in ciò dal Dalloz (*Rép.*, l. c., n. 383), appunto perchè sta nel Codice civile, non può essere applicato alle materie criminali. Noi abbiamo osservato precedentemente le sostanziali differenze che intercedono fra la prescrizione in materia civile, e quella in materia criminale. Del resto anche nel gius civile noi abbiamo dimostrato nella parte generale di quest'opera (Vol. I, p. 375 e segg.) l'inammissibilità del principio contenuto in quell'articolo, e del modo in cui vi è formulato. — L'ultimo argomento poi, desunto dall'inconveniente che, per una sola distanza di pochi giorni fra due reati, venendo attuata una legge nuova la quale prolunghi il termine della prescrizione quando sia appena finita la prescri-

Digitized by Google

zione del primo reato, continui il secondo reato ad essere punibile per molti anni, è un argomento senza alcun valore, perchè, come bene osserva il Meynne (p. 180), esso ritorcesi contro coloro che se ne valgono. Infatti se una legge nuova che accorcia il termine prescrizionale non deve essere applicata retroattivamente, ne conseguita che chi abbia commesso il reato molto tempo dopo di un altro, debba trovarsi libero da responsabilità penale, mentre l'altro vi sia ancor sottoposto, e vi debba rimanere per del tempo.

Quanto poi al primo sistema seguito da Merlin e dalla Corte di cassazione, non ci pare fuor di proposito l'epiteto di « bizzarro », che gli attribuisce il Brun de Villeret (p. 66). Infatti mentre quel sistema si propone di conciliare l'antica legge e la nuova, coll'applicarle ambedue, in realtà però limita l'applicazione dell'una e dell'altra dentro un periodo di tempo minore di quello che ciascheduna prestabilisce, e quindi, come bene osservano il citato autore (p. 57) e il Meynne (p. 178), introduce una prescrizione affatto nuova, che non è nè di una legge, nè dell'altra. Riflesso codesto, che ebbe pure sostanzialmente a fare la Cassazione di Firenze nella citata sua decisione 21 febbraio 1872 (v. p. 373).

Rimangono la penultima e l'ultima delle quattro opinioni surriferite. L'ultima però non è che un complemento ed una correzione della penultima, come in generale il canone che fra la legge penale antica e la nuova debbasi la più mite di preferenza applicare, non è già un disconoscimento della fondamentale verità che le nuove leggi penali debbono a tutti i casi pendenti applicarsi, ma è piuttosto, come già dimostrammo, una modificazione di quel principio, onde conciliarlo coi riguardi di equità e di politica prudenza, propri della penale giustizia. Conseguentemente la quarta ed ultima delle riferite opinioni, è quella che noi pure abbracciamo, appunto perchè essa risolvesi nell'applicare alla prescrizione dell'azione pe-

Digitized by Google

nale il fondamentale canone della penale retroattività, la cui ragionevolezza e convenienza non è minore rispetto alla prescrizione dell'azione penale, di quello che ad altro elemento qualunque dal penale giudizio. E con ciò noi correggiamo nel tema in quistione ciò che avevamo detto nella prima edizione di quest'opera, riconoscendo che allora avevamo errato. La più mite adunque e la più favorevole al reo, delle due leggi, antica e nuova, in materia di prescrizione, quella si deve di preferenza applicare ai casi pendenti.

La sola obbiezione di qualche importanza all'opinione da noi adottata, è quella del Merlin (l. c., pag. 505), che, applicando la legge nuova prescrizionale retroattivamente, si viene a sottoporre a questa legge anche l'azione privata nascente dal delitto, mentre le azioni private prescrittibili sono di regola sottoposte alla prescrizione stabilita dalla legge del tempo in cui sono surte. Imperocchè ella è opinione generalmente invalsa nelle leggi e nella giurisprudenza, come bene dimostra fra gli altri il più volte citato Brun de Villeret (pag. 284-299), che l'azione civile nascente dal reato non può più essere fatta valere dopo che l'azione pubblica è prescritta, quand'anche la si voglia presentare separatamente in sede civile. Ma noi osserviamo che, data l'accessorietà dell'azione civile nascente dal reato, all'azione penale, non è più ragionevole rappresentare l'eventuale abbreviazione della prescrizione della prima azione, come un vero e proprio, cioè diretto effetto dell'abbreviazione della seconda.

Il Brun de Villeret (pag. 75) si propone la domanda, se e quale influenza possa avere sulla prescrizione dell'azione penale, non compiuta, una legge attuata su tale argomento nell'intervallo fra l'epoca del reato e l'attuazione di una terza legge, vigente all'epoca in cui la prescrizione viene fatta valere. Coerentemente alle dottrine invalse in Francia intorno all' influenza della legge penale intermedia, generalmente conside-

Digitized by Google

rata, quello scrittore opina che se una legge siffatta modifichi la prescrizione in senso favorevole al reo, debbasi tenerne conto anche dopo che è stata abolita. Egli cita a confronto della sua opinione autori e sentenze, che noi abbiamo già citate in una precedente occasione (pag. 327) (1). Noi pure, coerentemente a quanto dicemmo in quel capitolo, e per le ragioni ivi esposte, riteniamo invece che alla legge intermedia intorno alla prescrizione penale non possa maggiormente aversi riguardo nel giudicare, di quello che alla legge intermedia intorno a qualunque altro elemento del giudizio penale.

Veniamo ora a ragionare della prescrizione della pena.

Questa suole, come dicemmo, venir considerata dagli scrittori della penale retroattività cumulativamente con quella dell'azione penale. Noi non abbiamo seguito questo sistema, perchè, mentre conveniamo col Carrara (l. c.) che anche la prescrizione della pena è in sostanza una prescrizione dell'azione penale, riflettiamo però che la circostanza del concernere la prima gli effetti di una sentenza giudiziale, non può venir trascurata nel determinare l'efficacia di una nuova legge intorno alla medesima.

Invero la prescrizione della pena è un vero e proprio elemento ed effetto della sentenza; il giudice condanna il delinquente a poter essere sottoposto ad una certa pena o immediatamente, oppure, nel caso in cui il delinquente evada, o sia contumace, a potervi essere sottoposto fintanto che non sia trascorso il termine prescrizionale statuito dalla legge vigente al momento della sentenza. Se durante il decorso di questa prescrizione viene emanata una legge nuova intorno ad essa, non è quindi possibile applicarvela, senza violare la cosa giudicata, il rispetto della quale non è meno un principio generale del gius transitorio penale che di tutte le altre parti del gius transitorio personale (v. sopra pag. 35 e 344).

(1) Oltre alle sentenze citate a p. 324, il Brun de Villeret cita un'altra sentenza della Cassazione di Parigi del 13 febbraio 1814.

Digitized by Google

Egli è vero bensì che anche la cosa giudicata penale può essere ritoccata per conformarla ad una legge nuova, ma i principii che noi abbiamo adottati su questa materia non si possono applicare alla prescrizione della pena, considerata come uno degli elementi della cosa giudicata penale. Imperocchè la mitigazione dei principii relativi a quella prescrizione non potrà mai essere considerata come una così grave mitigazione della condanna penale, da doverlasi applicare retroattivamente per soddisfare una imperiosa esigenza del sentimento morale (v. sopra pag. 356).

In un solo caso noi crediamo applicabile retroattivamente una nuova legge intorno alla prescrizione della pena, ed è quello della introduzione di questa prescrizione rispetto ad una data pena, la quale pel diritto anteriore non vi era sottoposta. In questo caso invero la legge nuova toglie del tutto un effetto, di sua natura gravissimo, della condanna pronunciata, cioè la perpetua durata dell'azione nascente dalla condanna medesima, e intesa a darle esecuzione.

Un solo scrittore, che noi sappiamo, il Vazeille (ap. Brun de Villeret, p. 69), ha notato la sostanziale differenza che vi ha nel gius transitorio penale fra la prescrizione dell'azione penale e la prescrizione della pena, e adottata la stessa opinione che noi propugnammo; in così buona compagnia noi abbiamo minor timore di esserci fuorviati, col non seguire le pedate del maggior numero.

Una considerazione comune alla prescrizione dell'azione penale e a quella della pena, è quella dell'influenza che sull'una e sull'altra possa avere la mutata qualifica del fatto, in virtù di una legge emanata nell'intervallo fra il reato e il giudizio, o fra la condanna e l'esecuzione di questa.

Se dopo la perpetrazione del reato, e prima del giudizio penale, una legge nuova attribuisce al reato un carattere più

Digitized by Google

grave di quello attribuitogli dalla legge precedente, la prescrizione dell'azione penale sarà certamente regolata dalla legge anteriore, e nel caso opposto lo sarà dalla legge nuova; non essendo logico, come bene osserva il Meynne (pag. 186), che quella legge la quale verrebbe applicata se si trattasse di punire, non lo debba essere anche quando si tratta di decidere se si debba o non si debba addivenire alla punizione. La prescrizione dell'azione penale è propriamente le prescrizione di quell'azione che realmente verrebbe intentata, se la prescrizione non vi si opponesse; deve quindi essere desunta da quella medesima legge, la quale in quella ipotesi servirebbe di fondamento all'azione. Che se la nuova legge penale ha cancellato dal novero dei reati un'azione che era reato sotto la legge anteriore, non sarà più possibile, dopo l'attuazione di quella legge, ragionare di prescrizione dell'azione penale per un reato che ha cessato di avere questo carattere.

Noi non possiamo però convenire nell'opinione adottata dalla Corte di cassazione di Parigi nella sentenza 13 gennaio 1814 (1), che, se la legge nuova ha dichiarato crimine un reato, il quale secondo la legge precedente era semplice delitto, l'imputato possa invocare cionondimeno la prescrizione dei delitti sancita dalla legge nuova, ove questa sia più favorevole di quella sancita dalla legge precedente. Imperocchè codesta decisione viene a contraddire al principio che non si possa nella stessa materia applicare una legge in parte, e in parte rifiutarla (v. sopra, pag. 370).

Se dopo la sentenza condannatoria, e mentre corre la prescrizione della pena, una legge nuova dà un altro carattere al fatto per cui la pena venne pronunciata, vuolsi distinguere l'ipotesi che per la legge nuova non esista più il reato ammesso dall'antica, dall'ipotesi di una semplice modificazione della qualifica del reato.

(1) *Pasicr.*, 1ª serie, 1ª part., Vol. 7, pag. 501.

Digitized by Google

Nella prima ipotesi non vi ha più luogo di ragionare di prescrizione secondo nessuna legge, essendochè per i principii da noi esposti sopra (pag. 362) la sentenza penale non può più essere applicata, ed è come non fosse stata neppure pronunciata, per il solo fatto dell'attuazione nuova, e dal giorno di questa attuazione. Ci sorprende che questa riflessione sia sfuggita al Meynne e al Brun de Villeret.

Nella seconda ipotesi, la prescrizione sarà sempre regolata dalla legge che servì di base alla sentenza condannatoria per la stessa ragione per cui dicemmo sopra che ad una prescrizione della pena, non finita, non si applica una legge nuova, la quale soltanto modifichi la durata e le condizioni della prescrizione nel caso di cui si tratta. La cosa giudicata cioè deve essere rispettata. Di ciò convengono tutti gli scrittori, e fra gli altri il Meynne (pag. 184), e il Brun de Villeret (p. 70), i quali per altro è mirabil cosa che non abbiano applicato lo stesso principio alla durata e alle condizioni della prescrizione.

Ma se la sentenza condannatoria è stata pronunciata in contumacia, e il condannato si presenta, la nuova qualifica del reato può benissimo influire sulla prescrizione della pena, a favore del condannato. Dichiara la Corte di cassazione di Parigi nella sentenza del 25 novembre 1830 (1): attesochè, dice la Corte, la prescrizione deve essere regolata secondo quella legge, che nel concorso di due prescrizioni differenti, può farla riputare acquisita a profitto dell'accusato; che, nel fatto, per sentenza della Corte d'assise del Dipartimento dell'Orne del 21 febbraio 1821, e conformemente all'art. 338 del Codice penale, E. G., allora contumace, fu condannato alla pena di sei anni di reclusione, come colpevole del furto d'una cavalla, commesso in luogo chiuso; che non si presentò onde purgarsi di questa condanna che il giorno 8 ottobre ultimo scorso, e che pel fatto di questa presentazione quella sentenza

(1) *Pasicr.*, 2ª serie, 1ª part., Vol. 14, pag. 815.

Digitized by Google

fu immediatamente tolta di mezzo, di pien diritto, in virtù dell'art. 476 del *C. d'instr. crim.;* che per conseguenza egli non fu più da quel momento passibile se non di pene correzionali, perchè l'art. 2 della legge 25 giugno 1824 è la sola disposizione espressa che gli possa venire applicata; che, decidendo non esservi luogo di infliggere attualmente ad E. G. queste pene, perchè cominciò legalmente a prescriverle dal giorno della sua condanna contumaciale, e perchè d'allora in poi sono passati cinque anni, la sentenza impugnata non ha fatto che applicare la legge del 25 giugno suddetto, ecc. ».

Noi troviamo giustissima la riferita argomentazione, e noi pure siamo dell'avviso adottato dalla Corte. Invero, poichè la sentenza contumaciale non impedisce un nuovo processo penale, ove il condannato si presenti, questo processo deve, al pari di qualunque altro, farsi dietro un'azione basata sulla legge attuale, che nell'ipotesi sarebbe una legge nuova, ma non deve poter farsi, se a termini di questa legge l'azione penale risulta essere prescritta. È questa per noi un'applicazione del principio già enunciato precedentemente, che la prescrizione dell'azione penale deve essere desunta dalla stessa legge su cui è fondata l'azione.

Di contrario avviso sono Haus (op. cit., n. 239), Meynne (pag. 184-185), Brun de Villeret (pag. 73), ed anche la Corte di cassazione di Bruxelles in una sentenza del 13 marzo 1838 (1) dichiarò: che « la generalità dei termini dell'articolo 635 del *Cod. d'instr. crim.* (2) non permette che si faccia distinzione fra le sentenze contraddittorie e le contumaciali; una costante giurisprudenza ha sempre voluto vent'anni compiuti per la prescrizione delle pene inflitte dalle seconde, come per quella delle pene inflitte dalle prime ». In realtà l'argo-

(1) *Pasicr. belge,* ap. MEYNNE, pag. 185.

(2) *Les peines portées par les arrêtes ou jugements rendus en matière criminelle se prescriront, etc.*

Digitized by Google

mento addotto in questa sentenza è pur quello di cui principalmente si valgono i citati scrittori, ma appunto perciò la loro opinione non ci sembra abbastanza dimostrata, appoggiandosi piuttosto sull'interpretazione letterale che sull'interpretazione logica di un passo di legge. Ed anche questa volta noi dobbiamo meravigliare che i citati scrittori non abbiano approfondito l'esame della differenza che passa fra la prescrizione di una sentenza penale pronunziata in contraddittorio e quella di una sentenza contumaciale, e non abbiano scorto che dal momento in cui dopo la seconda sentenza viene riaperto il processo, quella sentenza non è più considerata affatto, rivive l'azione penale, e quindi la prescrizione non può più essere che prescrizione di quest'azione. La nostra meraviglia poi giunge al colmo di fronte al Brun de Villeret, il quale rasenta da vicino la verità, e pur non la scorge, perchè egli pure avverte (*ib.*) che: « per la comparsa del contumace la condanna contumaciale è tolta di mezzo, l'azione pubblica rinasce, nè può più essere quistione di prescrizione della pena », ma qui s'arresta, e non prosegue ad avvertire che l'azione pubblica rinata non può essere che l'azione consentita dalla legge vigente al momento in cui il contumace è ricomparso, e conseguentemente che la prescrizione di tale azione deve essere regolata conformemente alla generale dottrina transitoria della prescrizione penale, cioè secondo la più mite legge per quella sotto il cui impero il reato venne commesso, e quella attualmente imperante.

Digitized by Google

CAPITOLO XXIV.

Del giudice competente.

La competenza del giudice è il primo punto che viene esaminato quando si intraprende qualunque processo. Esso appartiene al diritto processuale, epperò parrebbe che nella teoria della retroattività vi si dovesse riferire il principio fondamentale del gius transitorio processuale, sia civile, sia penale, che la legge nuova si applica immediatamente non meno alle cause pendenti, che alle future, e, rispetto a queste ultime, non meno a quelle occasionate da un fatto accaduto prima, che da quelle occasionate da un fatto accaduto dopo l'attuazione della legge nuova. Ciò nondimeno nel campo del gius penale vi furono scrittori e tribunali i quali opinarono non potere la nuova legge sulla competenza venire applicata retroattivamente, come la si applica nel campo del gius civile, o almeno esclusero tale applicazione in certi casi; altri invece propugnarono la contraria sentenza, e non ammisero nessuna eccezione. Questa controversia appunto noi dobbiamo ora studiare.

Chauveau ed Hélie (n. 50-52) sono d'avviso che « in materia criminale la forma fa parte del diritto dell'accusato », e quindi pensano che l'autore di un reato non possa essere giudicato da altro tribunale fuorchè da quello dichiarato competente dalla legge vigente all'epoca del reato. Questa opinione però non è ammessa dalla maggior parte dei giureconsulti, e per es. da Bertauld (op. cit., pag. 182-190), Trébutien (op. cit., I, pag. 84-86), Legraverend (op. cit., II, cap. 1, § 6), Rauter (op. cit., n. 8), Le Sellyer (*Tr. d. dr. crim.*, n. 1460, ap. Meynne, pag. 132, nota 1), Duverger (*Men. d. jug. d'instr.*, ch. 1, n. 9), Blanche (op. cit., n. 28), Morin (*Rép.*, voce *Rétr.*, n. 11), Dalloz (loc. cit., n. 340), Meynne (pag. 130), Berner

Digitized by Google

(pag. 65-66). Anche Zachariae ammette in tesi generale che le nuove leggi giudiziarie sono retroattive (pag. 39-40), quantunque egli poi aggiunga a questo principio alcune restrizioni.

La Corte di cassazione di Parigi ha pure più volte dichiarato che una nuova legge di competenza si applica anche a reati anteriori alla sua attuazione. Possiamo citare in prova le seguenti sentenze: 24 giugno 1813 (1), 25 novembre 1819 (2), 10 maggio 1822 (3), 16 aprile 1831 (4), 12 ottobre 1848 (5), 16 marzo (6), 12 luglio (7), 21 settembre 1850 (8), 5 novembre 1852 (9), 12 settembre 1856 (10), 30 giugno 1859 (11).

Non meno esplicite furono eziandio parecchie volte le legislazioni nello statuire la retroattività delle nuove leggi sulla competenza; per esempio le leggi 18 piovoso, anno IX, e 23 floreale, anno X, e il decreto del 13 luglio 1810 (articolo 4). Leggi poi che dissero in generale retroattive le nuove disposizioni intorno all'istruzione delle cause penali, la quale espressione generale può comprendere anche la competenza del giudice, sono pur molte, e fra le francesi possiamo citare il Decreto consolare del 5 fruttidoro, anno IX, la legge 19 piovoso, anno XIII, e la legge del 20 dicembre 1815 (art. 19), che stabilì *le Cours prévôtales*. In Italia fu pure ordinato più volte dal legislatore, dopo il 1859, che le cause penali pendenti venissero portate davanti alle autorità designate dalle nuove leggi sulla competenza penale, nello stato in cui si

(1) *Pasicr.*, 1ª serie, 1ª part., Vol. 7, pag. 288.
(2) *Ib.*, Vol. 9, pag. 513.
(3) *Ib.*, 2ª serie, 1ª part., Vol. 10, pag. 581.
(4) *Ib.*, Vol. 15, pag. 199.
(5) D. *R.*, voce *Lois*, n. 340.
(6) D. *R.* 1850, 1ª part., pag. 95.
(7) *Ib.*, pag. 254.
(8) *Ib.*, pag. 335.
(9) D. pag. 1852, 5ª part., pag. 417.
(10) Id., 1856, 1ª part. pag. 417.
(11) Ap. Meynne, pag. 135, nota 1.

Digitized by Google

trovavano. Ciò è prescritto p. es. dalla legge 16 novembre 1860 (art. 1) per l'attuazione del Codice di procedura penale nell'Emilia, e dal decreto reale 30 novembre 1865 (art. 1) per l'attuazione di un nuovo Codice di procedura penale per tutto il regno.

Le ragioni di tanto accordo fra scrittori, legislatori e tribunali si riducono in sostanza a due principali. — La prima è l'indole stessa delle leggi sulla competenza, e in generale delle leggi procedurali, le quali non concernono il diritto degli individui, ma solo i modi e i mezzi di venire a conoscerlo e determinarlo. Questo modo e questi mezzi, al pari di tutte le altre leggi in materia di *forme*, devono essere scelti e determinati dallo Stato, e non dagli individui, dice il Berner (p. 65); attengono al diritto pubblico, diceva il Dupin all'Assemblea nazionale di Francia nel 1848 (1). Egli è vero pur troppo, e nessuno lo nega, che l'introduzione di tribunali eccezionali è un riprovevole mezzo di intimidazione, per il pericolo che racchiude di condanne ingiuste, e che in casi di tal fatta nessun imputato vorrebbe essere distratto dalla giurisdizione ordinaria, ma tutti pure osservano che in vista di tali casi soltanto non si può stabilire un principio generale. Il Berner poi (pag. 66) e il Meynne (pag. 130-111) riflettono che non nei principii giurisprudenziali sulla retroattività penale, ma piuttosto nello stesso diritto costituzionale dello Stato vuolsi cercare la guarentigia contro siffatti abusi; imperocchè altrimenti, quand'anche fosse certo in giurisprudenza che un tribunale eccezionale non potesse conoscere dei reati commessi prima della sua installazione, sarebbe sempre libero ad un Governo tirannico l'ordinare espressamente siffatta competenza mediante apposita legge (2). Un'altra ragione è l'impossibilità pratica di

(1) Seduta del 4 novembre. V. *Hist. parlam. de l'Assembl. nation. franç.*, Bruxelles 1848, tomo VI, pag. 556. Ap. MEYNNE, pag. 133.

(2) La legge costituzionale belgica provvide a questo bisogno. In essa

Digitized by Google

conservare in vigore per alcuni casi soltanto le giurisdizioni che sono state abolite. Osserva argutamente il Meynne (p. 126) che, se fosse vera l'opinione da lui combattuta, dopo l'abolizione dei Parlamenti in Francia, un emigrato rientrato più tardi in patria, avrebbe potuto declinare la competenza del giurì col pretesto che gli atti suoi anteriori all'emigrazione sottostavano alla giurisdizione dei Parlamenti, e che questi dovevano essere ricostituiti per giudicarlo.

Ma se oggidì universalmente si ammette non scaturire da un reato il diritto del delinquente di essere perpetuamente giudicato dal tribunale che sarebbe stato competente quando il reato fu commesso, non è però opinione generale che le nuove leggi sulla competenza penale siano sempre e senza eccezione retroattive. Differenti restrizioni vengono apposte a quel principio da differenti autori.

Vi ha chi pensa che l'antica legge sulla competenza debba essere seguita almeno nei casi nei quali un tribunale si trovava già investito della competenza allorquando la nuova legge venne attuata. Questa opinione fu la prima volta propugnata dal Merlin (*Rép.*, voce *Compétence,* § 3) in una sua requisitoria alla Corte di cassazione di Parigi per una sentenza che venne poi emanata il 4 messidoro, anno XII (1). « La retroattività, egli diceva, è la regola: ma oltre a questo principio ve ne ha un altro, non meno costante, e che i giureconsulti romani enunciarono col noto adagio: *ubi acceptum semel judicium, ibi et finem accipere debet.* Che un tribunale non possa più giudicare, perchè una legge nuova, sopraggiunta durante l'istruzione, abbia mutato le regole della competenza, ripugna

non è soltanto detto (art. 8) che: « nessuno può essere distolto contro la sua volontà dal giudice che la legge gli assegna »; ma è altresì proibita (art. 94) la creazione di commissioni e tribunali straordinari sotto qualunque denominazione.

(1) D. *R.*, voce *Lois*, n. 350, nota 3.

Digitized by Google

a tutte le idee ricevute, è un sistema condannato in pari tempo dalla ragione e dal Diritto Romano ».

L'opinione del Merlin è stata poi seguìta da Mailher de Chassat (2, p. 255), Bertauld (op. cit. 8, lec.), Le Sellyer (op. cit., n. 1462), e Dalloz (b. c., n. 351). Essa è pur stata accolta in qualche legge, e per es. nelle leggi francesi 13 gennaio 1792 (art. 7) (1) e 20 dicembre 1815, 8 ottobre 1830, le quali ambedue riservarono ai processi pendenti le antiche forme d'istruzione che in molti casi per le antiche leggi spettava ai tribunali civili. La giurisprudenza l'accolse pure parecchie volte, e p. es. la Corte di cassazione di Parigi nelle sentenze 15 e 28 dicembre 1792 (2), colle quali applicò la citata legge 13 gennaio di quell'anno, nella citata sentenza 4 messidoro anno 12, nella sentenza 25 agosto 1809 (3), e in quelle del 24 ottobre 1817 (4), 10 maggio 1822 (5), 22 settembre 1832 (6). La penultima sentenza citata riguardava un delitto di stampa commesso sotto l'impero della legge 26 maggio 1819, che ne attribuiva la cognizione alla Corte d'assise, ma rispetto al quale non era ancora stata emanata sentenza di rinvio dalla Camera d'accusa, quando fu attuata la legge 25 marzo 1822, che restituiva quella cognizione ai tribunali correzionali. La Corte decise nei termini seguenti: « considerando, sul mezzo di cassazione desunto dal principio della non retroattività delle leggi, che nel silenzio della legge rispetto alla sua influenza sul passato, tale principio non è applicabile che alla sostanza (*au fond*) dei diritti acquisiti, e alla punizione dei delitti anteriormente commessi, ma

(1) *Toutes les plaintes ou accusations suivies d'informations, antérieures à l'époque de l'installation des tribunaux créés par la loi du sept. 1791, ont dû être jugées non par des jurés, mais par les tribunaux qui se trouvaient précédemment saisis et dans les anciennes formes.*

(2) D. *R. ib.*

(3) D. *R.* nota 3.

(4) *R. G.* 1817.

(5) D. *R. ib.*, nota 2; vedi anche sopra pag. 392.

(6) Ap. Meynne, pag. 137, nota 1.

Digitized by Google

non alle regole colle quali questi diritti e delitti devono essere conosciuti dai tribunali; che, se è pur regola che ogni processo deve essere giudicato da quel tribunale che già ne imprese la cognizione, fintantochè esso non sia stato soppresso, e nulla di contrario sia stato ordinato dalla legge che stabilì una nuova competenza, detta regola però non può essere applicata al caso in questione, perchè al momento della promulgazione della legge 25 marzo 1812 nessuna sentenza di rinvio era ancor stata emanata dalla Camera d'accusa, solo modo riconosciuto dalle leggi anteriori d'investire della competenza la Corte d'assise, d'onde risulta che in questo stadio del processo, il ricorrente doveva, giusta il mutamento di competenza introdotto dalla nuova legge 25 marzo 1822, essere rinviato alla polizia correzionale, rigetta, ecc. » (1).

Per quanto siano autorevoli le riferite testimonianze, l'opinione del Merlin ha pure trovato autorevoli contraddittori. Non l'accettano per es. il Mangin (*De l'instr. ecr.*, II, n. 179), il Trébutien (op. cit., 1, tit. 2), il Blanche (op. cit., art. 4, n. 38), e il Meynne (pag. 137-138) (2). Quest'ultimo riflette che dif-

(1) Questa sentenza stabilisce anche la massima che una Corte d'assise è investita della competenza a conoscere di un crimine, dal momento e in virtù della sentenza di rinvio della Camera d'accusa. In materia correzionale i tribunali sono investiti sia mediante rinvio fatto dal regio procuratore, sia mediante citazione diretta in certi casi (Dalloz, l. c., n. 352).

(2) Il Meynne cita in questa occasione il Dalloz, che noi abbiamo annoverato fra i fautori dell'opinione del Merlin, e precisamente il passo medesimo da noi citato: *R.*, voce *Lois*, n. 351. Noi crediamo che il Meynne non abbia attentamente considerato quel passo. Il Dalloz dice bensì: *cette dernière opinion est, on ne peut se le dissimuler, plus conforme au principe que nous avons reconnu nous mêmes, etc.;* ma poi soggiunge: *toutefois on devrait, ce semble, tempérer l'application de ce principe, toutes les fois, que l'intérêt du prevenu ou de l'accusé semblerait l'exiger, alors que la juridiction précédente aurait été régulièrement saisie avant la promulgation de la nouvelle loi.* Non sarebbe però forse indiscreto il dire che il Dalloz non ebbe in questa questione una opinione ben determinata, e che le sue parole possono essere ugualmente invocate dai sostenitori delle due opposte opinioni.

Digitized by Google

ficilmente si può ammettere che un semplice *atto d'istruzione* possa bastare ad impedire la retroattività di una legge di competenza, mentre, rispetto agli altri elementi del giudizio penale, la retroattività della legge nuova non riconosce altro ostacolo fuorchè la cosa giudicata (1). Addentrandosi poi maggiormente nella quistione, il Meynne riflette eziandio che la combattuta opinione non ha in sostanza altro fondamento scientifico fuorchè la L. 30, D. *De judiciis*, ma che questa legge è affatto estranea alla quistione. Imperocchè in questa legge, egli dice, trattasi del quasi-contratto che si fa davanti al giudice civile mediante la *litis contestatio*, il quale quasi-contratto non ha riscontro nel diritto criminale; molto meno si contempla in questa legge la possibilità che ad un giudice venga sostituito un altro non per fatto dei contendenti, ma in virtù d'una legge nuova, attuata mentre pende il giudizio.

Non mancano poi neppur leggi e decisioni contrarie all'opinione del Merlin. Per es. la già citata legge 26 maggio 1819 (art. 30) dispone che la giurisdizione della Corte d'assise da essa introdotta pei reati di stampa, si applichi, al pari delle altre forme processuali da essa ordinate, a tutte le procedure pendenti, nelle quali non sia intervenuta una sentenza definitiva. Questa disposizione diede occasione alla già citata sentenza della Cassazione di Parigi del 25 novembre 1819 (vedi sopra, pag. 393). Prima e dopo quell'epoca la stessa Corte aveva pur seguito e seguì più d'una volta lo stesso avviso, come lo provano le sentenze 6 settembre 1793 (2), 16 aprile 1831 (3), e le già citate (v. sopra, *ib.*) del 12 ottobre 1848, e del 12 settembre 1856. Nella sentenza del 1831 la Corte dichiarò « essere di regola, a meno di una contraria disposizione

(1) Noi pure abbiamo stabilito sopra che per ritoccare la cosa giudicata, onde conformarla alla nuova legge penale, il giudice vi deve essere espressamente autorizzato dal legislatore.

(2) *Pasicr.*, 1ª serie, 1ª part., Vol. 1, pag. 33.

(3) D. *R.*, l. c., n. 351.

Digitized by Google

legislativa, che i processi criminali nei quali non vi ha ancora sentenza definitiva e in ultima istanza, debbano essere continuati nelle forme e davanti ai tribunali nuovamente istituiti ».

Gli stessi giureconsulti però, i quali ammettono l'applicazione retroattiva della nuova legge sulla competenza penale, tanto rispetto ai reati già commessi, ma che non avevano ancora dato occasione a procedura criminale allorchè la nuova legge venne attuata, quanto rispetto a quelli pei quali il processo non era allora ultimato, non s'accordano nel giudicare se debba essere retroattiva anche una legge la quale istituisca una competenza *eccezionale*. Accade qualche volta in qualunque Stato, anche dei meglio governati e costituzionali, o per motivo di interne turbolenze, o per meglio organizzare la difesa di una città contro un nemico esteriore, che si concentri il potere amministrativo e il giudiziario nelle autorità militari, dichiarando la località in istato d'assedio. In virtù di questa misura, certe determinate categorie di reati, oppure tutti quanti i reati d'una certa gravità, che si commettono nel luogo dichiarato in istato d'assedio, dopo questa dichiarazione, sono di competenza dei tribunali militari; ma se questa competenza si estenda anche ai reati commessi prima di tale dichiarazione, è una quistione dibattuta fra gli scrittori del gius transitorio penale. È questa certamente una delle più importanti quistioni transitorie, ove si pensi quanto gravi limitazioni subiscano i più preziosi diritti dei cittadini sottoposti al governo militare, epperò quanto si debbano piuttosto restringere che allargare i poteri di un tal governo, quando sia stato eccezionalmente introdotto.

Mailher de Chassat (2, p. 260-266) non ammette la retroattività delle competenze eccezionali di cui parliamo, se non allorquando la legge sulla quale esse fondansi, sia una legge permanente dello Stato. Se la proclamazione dello stato d'assedio non è in uno Stato che l'applicazione di una legge

Digitized by Google

preesistente su questo argomento, per questo solo motivo essa non è secondo quello scrittore una misura eccezionale, epperò la competenza dei tribunali che agiscono in virtù di essa, estendesi non meno ai reati già commessi prima che siano entrati in funzione, che a quelli commessi dopo. Ma se lo stato d'assedio vien dichiarato in virtù di una legge o di un provvedimento momentaneo, assume in tal caso un carattere eccezionale, che impedisce di dare alla legge effetto retroattivo (1). Tale è pure l'opinione del Mangin (op. cit., 2, p. 279).

Altri, come Kleinschrod (ap. Zachariæ, nota 18), Zachariæ (pag. 16), Berner (p. 74), opinano invece che in nessun caso la competenza di un tribunale eccezionale si applichi retroattivamente ai reati commessi prima che siano cominciate le sue funzioni. Il Berner, fra gli altri, ragiona in proposito nel seguente modo. Accanto ai tribunali eccezionali continuano ad esistere e a funzionare i tribunali ordinari, epperò la *possibilità* non cessa che dei reati pei quali ebbero competenza i tribunali eccezionali, ma commessi prima che essi cominciassero a funzionare, continuino a conoscere i tribunali ordinari, come per lo addietro; che poi quella possibilità si traduca in atto, non si oppongono le ragioni per le quali i tribunali eccezionali furono messi in azione, o in altri termini non vi ha *necessità* di questa retroattività; imperocchè il diritto che ha la società di difendersi con quella misura eccezionale non può riferirsi che a mali *imminenti* o *futuri*, non al *passato*.

La stessa opinione è stata accolta, a detta dello Zachariæ (nota 18), nel Codice penale bavarese (P. 2, art. 441-556), come pure lo fu nel Codice penale austriaco del 1803 (P. 1, § 500-513) (2). E in tal senso decise anche il Tribunale di

(1) Anche il Meynne (pag. 127) intende così il citato brano del Mailher de Chassat, il cui linguaggio è in questa occasione veramente infelicissimo.

(2) Tale fu pure l'opinione sostenuta in quell'occasione da Odilon Barrot (*Gazz. d. Trib.*, n. 2147).

Digitized by Google

Laval nella sentenza dell'11 giugno 1832 (ap. Van de Poll, pag. 78), in seguito alla proclamazione dello stato d'assedio avvenuta nella città di Parigi in virtù di un editto regio del 6 di quel mese, la quale proclamazione fu veramente la prima occasione della disputa scientifica di cui parliamo. I motivi di quella sentenza furono i seguenti. « Considerando che i giudici naturali di un delitto o di un crimine, e di ogni imputato di questi fatti, non possono essere che quelli esistenti nel giorno in cui i medesimi vennero consumati; che non può ammettersi e sarebbe pericolosa l'opinione che l'introduzione di una giurisdizione, specialmente in vista di fatti già accaduti, sia una quistione di mera forma; che tutto quanto si riferisce alla costituzione o all'ordine delle giurisdizioni è fondamentale e sacro, e costituisce per ogni francese un diritto inviolabile di non rispondere dei fatti propri che davanti a un tribunale certo e anticipatamente conosciuto, ecc. ».

Altri ancora, come il Van de Poll (pag. 75-80) e il Meynne (p. 134) sono d'avviso che in ogni caso la competenza di un tribunale eccezionalmente introdotto si applichi retroattivamente anche ai reati commessi prima della sua installazione. Essi riguardano come di pura forma siffatta innovazione, e quindi non pericolosa al diritto; il Meynne poi osserva eziandio che, o l'introduzione di siffatti tribunali è permessa da una legge preesistente, e non la si può dire provvedimento eccezionale in senso odioso, od è l'effetto di una legge eccezionale, e il negarle effetto retroattivo non può servire a prevenirne gli abusi, perchè il legislatore potrà anche permettersi di ordinare quella retroattività espressamente. La stessa opinione è pure stata sostenuta in Francia in due memorande occasioni da due illustri magistrati, cioè nel 1832 dal Persil, procuratore generale presso la Corte d'appello di Parigi, e nel 1848 dal Dupin, procuratore generale presso la Corte di cassazione di Parigi. Questa Corte ha poi sempre seguito tale opinione,

Digitized by Google

come lo provano le sentenze: 12 ottobre 1848 (1), 12 luglio 1850 (2), 21 settembre 1850 (3), 30 giugno 1859 (4).

Abbiamo esposte completamente le varie dottrine che sono state professate fino ad oggi circa l'azione retroattiva delle nuove leggi intorno alla competenza penale, ed ora veniamo ad esporre il nostro modo di vedere.

Noi pure siamo persuasi che quelle leggi, siccome di pura forma, si applichino eziandio ai reati commessi prima della loro attuazione, e che la circostanza, in particolare, dell'essere stata cominciata la procedura davanti ad un altro giudice, vigendo la legge precedente, non osti menomamente a tale retroattività. Le ragioni che sono state addotte a questo proposito da autorevoli nostri predecessori, e che abbiamo riferite sopra, ci dispensano dal tentarne noi stessi la dimostrazione; noi accettiamo pienamente quelle ragioni.

Anche le competenze eccezionali noi crediamo che si debbano applicare non meno ai reati già compiuti prima che siano state introdotte, che a quelli compiuti dopo. Noi siamo lungi dal negare che la promulgazione dello stato d'assedio sia sommamente odiosa, e pericolosa alla libertà dei cittadini, e non siamo neppur lontani dall'ammettere che cosiffatta misura è incompatibile collo spirito di un governo costituzionale, ma siccome non possiamo d'altra parte scorgere nella sostituzione dei tribunali militari ai civili altro che un mutamento di forma, il quale di per sè solo non implica nè una differenza nella pena, nè una diminuzione nei mezzi di difesa dell'accusato, così ci pare inevitabile l'applicarvi il principio generale che le nuove competenze penali si applicano anche ai reati già commessi.

(1) V. sopra pag. 393.
(2) Ib.
(3) Ib.
(4) Ib.

Digitized by Google

L'obbiezione del Berner che la proclamazione dello stato d'assedio, come difesa necessaria della società, non possa riferirsi che ai reati avvenire, ci sembra poco savia; più ragionevole ci sembra invece l'osservazione di Dupin (ap. Meynne, pag. 135), e di Meynne (*ib.*), che, allorquando lo stato d'assedio viene proclamato per soffocare una insurrezione nascente, si andrebbe contro al suo scopo se non lo si applicasse anche a coloro che già violarono le leggi, ed anzi questi ultimi, i quali diedero motivo a quell'eccezionale misura, verrebbero in tal modo trattati più favorevolmente di coloro i quali in seguito non fecero che obbedire ad un primo impulso ricevuto da loro.

La distinzione poi fra l'istallazione di un tribunale eccezionale, che si faccia in virtù di una legge permanente su tale proposito, e quella che si faccia in virtù di una legge o di un decreto eccezionale del pari, ci sembra affatto irrilevante, se veramente, come supponiamo, la mutazione di competenza non trae seco differenza nella pena e nei mezzi di difesa dell'accusato. Imperocchè in tali ipotesi la data della legge non può essere circostanza tanto decisiva, quanto l'indole del suo contenuto, che è tutto formale. D'altronde, in che cosa differisce la emanazione di una legge eccezionale sulla competenza, dall'emanazione di una legge permanente sul medesimo subbietto e nella medesima occasione? Dove una legge di quest'ultima specie non esiste, penerà poco ad introdurla, non appena se ne presenti il bisogno, quel legislatore il quale voglia darle la maggior estensione possibile e sappia che non potrebbe dare questa estensione ad una legge transitoria.

Che se l'introduzione di una competenza eccezionale fosse accompagnata altresì da nuove disposizioni di legge circa la pena e i mezzi di difesa del reo, la quistione muterebbe aspetto, e dovrebbe essere anche diversamente risoluta. In questa seconda ipotesi noi crediamo necessaria la distinzione

Digitized by Google

che abbiamo rigettata nella prima. O la legge, in base alla quale è introdotto il nuovo ed eccezionale sistema, è anteriore ai fatti che diedero occasione di attuarlo, e non potendosi in tal caso considerarla come legge nuova, la si dovrà applicare anche a quei fatti, sia rispetto alla competenza, sia rispetto alla pena ed alla procedura; oppure la legge in discorso venne promulgata in vista di dati fatti accaduti, e non la si potrà applicare ai medesimi in nessuna sua parte, perchè le nuove leggi penali più severe non si possono applicare retroattivamente, nè i soli nuovi principii sulla competenza potrebbero nell'ipotesi di cui ragioniamo, aver effetto retroattivo, separati dalle altre leggi materiali e formali che i nuovi giudici dovrebbero applicare.

Mâl non si apposero quindi nel 1832 gli avvocati di Parigi (v. Van de Poll, pag. 77), i quali per combattere l'effetto retroattivo della competenza dei tribunali militari in seguito alla proclamazione dello stato d'assedio del 6 giugno, addussero che siffatta proclamazione, mentre non si basava su alcuna legge esistente, aveva poi anche per effetto di sottoporre i cittadini al Codice penale militare.

CAPITOLO XXV.

Delle condizioni e degli elementi costitutivi del reato.

Il processo penale tende a scoprire l'autore di un'avvenuta violazione della legge penale, e ad appurare i precisi termini della imputazione. Dei modi e dei mezzi coi quali il giudice penale ricerca la verità obbiettiva, sia rispetto al reato accaduto, sia rispetto all'autore del medesimo, ragioneremo più sotto; per ora prendiamo a considerare l'imputazione penale nei suoi rapporti colla situazione subbiettiva dell'imputato, e nei suoi rapporti colla legge che le serve di base.

Digitized by Google

Affinchè ad una persona si possa imputare un reato con effetto di penale responsabilità, fa mestieri che al momento della perpetrazione del reato ella siasi trovata in pieno possesso della sua ragione e della sua volontà. È questa una condizione imprescindibile della imputazione.

Or bene, se nel determinare una tale condizione differisce la legge sotto il cui impero il reato venne commesso, da quella sotto il cui impero il giudizio viene pronunciato, si possono distinguere due casi. O le due leggi differiscono nell'ammettere o nel non ammettere l'imputabilità della persona costituita in certe condizioni morali, e si deve applicare di preferenza quella che l'imputabilità non ammette, e quindi esclude ogni e qualsiasi punibilità; oppure le due leggi differiscono soltanto nel misurare l'influenza di quelle condizioni morali sulla punibilità, concordando del resto nel non escludere l'imputabilità, e si dovrà applicare di preferenza la legge che contiene su quel proposito più miti disposizioni. Che se la legge più mite su quel punto non lo fosse del pari in altri elementi del giudizio penale, le due leggi dovranno essere confrontate nel totale risultato dell'applicazione loro al caso in quistione, giusta quanto dicemmo in un precedente luogo (366), e come ebbe a dichiarare anche la Cassazione di Firenze in una decisione 26 dicembre 1874 (1).

Anche se per qualunque altro motivo, estraneo alla subbiettiva imputabilità dell'autore del fatto illecito, al momento del giudizio trovasi in vigore ed applicabile al caso in quistione una qualunque altra causa legittima d'impunità, che non vigeva quando il fatto venne perpetrato, non si avrà alcun riguardo, come bene osservano il Meynne (p. 49) e il Seeger (p. 165), alla legge che vigeva all'epoca del fatto. Tali cause possono essere il perdono del reo, o la riparazione del danno,

(1) *L.* xv, 1, 498.

Digitized by Google

quando la legge ammetta questi modi di estinguere la responsabilità penale; può essere una tal causa anche l'amnistia. Che anzi quest'ultima può anche essere intermedia tra il reato e il giudizio, e aver perduto efficacia quando il giudizio viene invocato od ultimato, perchè è legge intermedia la quale espressamente si riferisce a reati già commessi e non ancora puniti (v. sopra, cap. XVI).

Un'altra condizione imprescindibile della imputazione, e di natura obbiettiva, si è ch'ella si riferisca ad un reato contemplato non meno dalla legge vigente quando il reato fu commesso, che da quella vigente nel giorno del giudizio, non si riferisca cioè nè ad un reato costituito per la prima volta dalla seconda legge, nè ad un reato che la prima legge contemplava, ma più non contempla la seconda (v. sopra, pag. 269). La Corte di cassazione di Francia si scostò una volta con sentenza 24 maggio 1810 (1) da questi principii, decidendo che sotto l'impero del Codice penale del 1810, il quale non punisce le sottrazioni commesse tra padre e figlio, si potesse punire una sottrazione di tal genere commessa sotto l'impero del Codice penale del 1791, che la considerava come delitto. Ma in molti altri casi quella Corte giudicò ben diversamente. Essa dichiarò per esempio: con sentenza 9 maggio 1806 (2) che i principii contenuti nella costituzione dell'anno 8 e nel decreto dell'anno 10 intorno ai delitti dei pubblici funzionari, non si potessero applicare a quei funzionari i quali avesser cessato di esercitare l'ufficio loro prima dell'attuazione di quelle leggi; con sentenza 25 gennaio 1816 (3), che la legge 9 novembre 1815, la quale vietava e puniva l'invocazione in luogo pubblico del nome di Napoleone Bonaparte, non si potesse applicare a un fatto di tal natura accaduto prima dell'attuazione

(1) D. *R.*, l. c., n. 366, 4.
(2) D. *R.*, l. c., 6°.
(3) Ib., 5°.

Digitized by Google

di quella legge; con sentenza 3 aprile 1837 (1), che non si potesse applicare retroattivamente una legge la quale divietava la fabbricazione di certi prodotti, e quindi sottoponeva a confisca gli utensili della fabbricazione, sottraendoli così ai creditori del fabbricante. — Non si deve però confondere l'impunibilità del fatto, secondo la legge, vigente la quale esso venne posto in essere, colla mera impossibilità di applicare al delinquente la legge penale, per circostanze del tutto estrinseche. Se, per esempio, allorchè il reato venne scoperto, il delinquente era rifugiato in estero Stato, col quale non esisteva trattato di estradizione, non potrà quegli di certo pretendere d'invocare i suesposti principii onde andar esente dalla estradizione, e dalla conseguente punizione dopochè quel trattato sarà stato stipulato (2).

La legge su cui l'imputazione si basa, le fornisce i suoi elementi costitutivi. Il reato risulta da certi estremi di fatto indicati dalla legge, i quali si debbono essere tutti quanti verificati nel fatto in quistione, e nel grado e nell'ordine preveduti dalla legge, affinchè l'autore di quel fatto possa essere dichiarato reo, e come tale punito.

Non rade volte le leggi penali differiscono nel porre gli estremi o gli elementi costitutivi di un reato. Può darsi che una legge richieda un estremo che un'altra non richiede, e che l'una, mancando quell'estremo, o qualifichi l'azione illecita meno gravemente, o cessi dal considerarla come reato, l'altra, occorrendo anche quell'estremo, le dia invece una qualifica più grave. Se queste differenze verificansi tra la legge penale vigente allorchè l'azione illecita venne commessa, e quella vigente nel giorno del giudizio, non vi ha dubbio che dovrà con-

(1) Ib., 9°. Vedi anche sentenza 9 frimaio, anno X, ap. MEYNNE, pag. 50, nota 1.

(2) La relativa controversia fra gli scrittori del diritto internazionale vedi esposta dal Calvo, *Droit international* (Vol. I, *De l'extradiction*, i. f.).

Digitized by Google

siderarsi come legge più mite quella che maggior numero di estremi di fatto, o più gravi circostanze richiede, anzichè quella che si accontenta di un numero minore, o di una minore gravità di fatti e di circostanze. Dovrà poi siffatta legge venire applicata al caso in quistione, senza altro considerare, ove in tal modo si ottenga l'impunità dell'imputato; nell'ipotesi contraria, la legge che sarebbe più mite nel qualificare l'azione illecita in quistione, verrà applicata di preferenza allora soltanto quando sia più mite eziandio rispetto agli altri elementi del giudizio penale ed alla definitiva punizione dell'imputato.

Conformemente a questi principii la Corte di cassazione di Parigi dichiarò: con sentenza 28 fruttidoro, anno 11 (1) che le antiche leggi piemontesi, giusta le quali era punita come infanticida e colla morte quella donna che avesse occultata la gravidanza, e anche senza premeditazione cagionata la morte del suo neonato, non potessero più venire applicate a fatti accaduti sotto il loro impero, ma giudicati vigendo in Piemonte le leggi penali francesi, giusta le quali l'infanticidio non poteva essere punito colla morte se non essendo dimostrata la premeditazione; con sentenza 17 dicembre 1836 (2), che gli attentati al pudore, commessi sotto l'impero del Codice penale del 1810, senza l'estremo della violenza, che da quel Codice era richiesto perchè quei fatti fossero punibili, non potessero essere puniti venendo giudicati dopo la legge 28 aprile 1832, la quale non richiedeva quell'estremo.

Il fatto illecito che forma l'oggetto, ed è quindi principalissimo elemento della imputazione penale, può constare esso pure di elementi distinti e separati. Soglionsi contrapporre codesti reati a quelli che si dicono di *fatto passeggiero (facti transeuntis)*, nei quali cioè non si può scorgere una successione

(1) D. *R.*, l. c., n. 366, 3°.
(2) D. *R.*, ib., 8°.

Digitized by Google

di periodi o di parti distinte. Ora può darsi che i periodi o le parti distinte di un medesimo reato cadano in tempi governati da leggi differenti, e nei casi di questo genere, appunto perchè più di due leggi possono entrare in considerazione, la scelta della legge da applicarsi fu sempre particolarmente studiata dai criminalisti, ed anche dagli scrittori della penale retroattività.

Anzitutto ci sembra doversi ben determinare il concetto dei fatti illeciti, nei quali non si possono distinguere e separare un periodo o una parte dalle altre. Codesti fatti non hanno già d'uopo di compiersi in un attimo o istantaneamente; essi possono anche risultare da atti molteplici e successivi i quali abbiano occupato un tempo più o meno lungo. Ciò che in essi vi ha di caratteristico si è che tali atti non hanno per se stessi nulla di illecito, prescindendo dall'ultimo per cui il fatto illecito si completa, e dalla mira manifesta dell'agente di pervenire a questo compimento. Egli è in questo compimento del fatto e nella mira rivolta al medesimo, che quegli atti assumono carattere illecito, che per se stessi non avrebbero. Ma essi lo assumono appunto perchè costituiscono o un reato compiuto o un attentato, e, come bene osserva Hälschner (ap. Seeger, p. 185), vengono assorbiti nell'unità dell'uno o dell'altro di questi concetti, e non possono venir considerati separatamente l'uno dall'altro nell' istante di tempo in cui ciascuno di essi venne posto in essere. Non può quindi essere dubbio che se il compimento del fatto illecito, sia reato consumato o attentato, accadde vigendo una legge diversa da quella vigendo la quale accadde uno degli atti successivi coi quali venne posto in essere, la legge da applicarsi è la prima, senza alcun riguardo alla seconda. È una logica necessità che impone questo modo di procedere. Nessuno può sognare che così facendo si dia alla legge nuova effetto retroattivo; imperocchè anche la legge nuova, al pari dell'antica, non riguarda come illeciti gli atti anteriori al compimento del reato, finchè sono considerati a

Digitized by Google

parte e come di per sè stanti. Se un omicida appunta il fucile contro la sua vittima un minuto prima della mezzanotte del giorno in cui entra in vigore la nuova legge penale, e poi lo scarica, e uccide appena battuta la mezzanotte, nessuno potrà mai dubitare che l'omicidio, risultante dall'appuntare del fucile e dalla scarica micidiale, non sia stato perpetrato vigendo la legge nuova, e non debba quindi essere punito secondo questa legge. L'osservazione di Seeger (p. 186) e di Hälschner (*ib.*, p. 196) che non si possa scomporre quel fatto in attentato di omicidio avvenuto sotto la legge antica, e in omicidio consumato sotto la legge nuova, ci pare oziosa, perchè non vi può essere nessuno cui venga in mente il contrario neppure in sogno.

I fatti illeciti nei quali si possono distinguere periodi o parti distinte vengono classificati dai criminalisti nel modo seguente: *reati permanenti*, *reati continuati*, *reati abituali*. Rispetto a tutti questi fatti i criminalisti investigano qual conto si debba fare delle differenti legislazioni penali che possono succedersi in quei differenti periodi.

Diconsi reati *permanenti* quelli cui substrato è una protratta condizione di fatto contraria alla legge penale, come per es. se un delinquente dimora in un luogo che gli è stato interdetto da sentenza giudiziale, o se un individuo tiene arbitrariamente sequestrato un altro sotto qualsiasi pretesto.

Indipendentemente dalla quistione transitoria circa l'influenza della nuova legge penale rispetto ai reati permanenti, tutti i criminalisti si domandano quale sia il momento in cui il reato in discorso debbasi considerare consumato.

Alcuni opinano che il reato permanente sia stato consumato col primo atto che vi diede principio, e che la condizione di fatto susseguente a tale atto sia come assorbita in quel primo atto. Da questa premessa deducono che, se al momento del giudizio vige una legge diversa da quella sotto il cui impero

Digitized by Google

quel primo atto venne consumato, debbasi applicare al reato la più mite fra le due leggi, secondo i principii generali della penale retroattività. Altri opinano invece che il reato non sia consumato che coll'ultimo atto con cui l'illecito stato di fatto ebbe fine. Altri ancora opinano che i singoli atti succedutisi in quello stato debbano essere considerati separatamente. I primi sono quindi d'avviso che al reato illecito permanente debbasi applicare esclusivamente la legge vigente al tempo in cui quell'ultimo atto si compiè, e i secondi opinano che debbasi applicare ad ogni atto successivo la legge sotto cui venne eseguito.

Di queste tre opinioni l'ultima ci pare di una manifesta erroneità. Non si può convertire il reato permanente in una serie di atti illeciti, senza snaturarlo, assimilandolo ai reati continuati. Neppure possiamo ammettere la seconda opinione; imperocchè la consumazione di un reato deve essere determinata dal concetto del medesimo, e non da una circostanza del tutto accidentale, qual è appunto la persistenza più o meno lunga del delinquente nella illecita condizione di fatto in cui si mise originariamente.

Per noi il reato permanente è consumato non appena è compiuto il primo atto col quale viene posto in essere quello stato di fatto in cui poscia il delinquente persiste, non appena cioè lo stato medesimo viene per la prima volta costituito. La persistenza però dell' illecito stato di fatto non è per noi, come per i fautori della prima opinione, un elemento estraneo alla penale imputazione. Quella persistenza o durata, non essendo una ripetizione rispetto all'atto originario con cui cominciò, chè altrimenti si cadrebbe nel concetto di reato continuato, viene a formare bensì con quell'atto una unità ideale, ma non in guisa che la si consideri compresa nella consumazione di quell'atto, bensì in guisa che questa consumazione possa essere indifferentemente collocata in qualunque momento di quella durata.

Digitized by Google

Per tal motivo noi ci scostiamo dai seguaci della prima opinione anche nella determinazione della legge penale da applicare. Per noi basta che lo stato di fatto, formante il substrato del reato permanente, persista, anche istantaneamente soltanto, dopo l'attuazione della legge nuova, perchè il reato possa dirsi consumato sotto l'impero di questa legge, e debba quindi essere giudicato con questa. Per conseguenza la pena del reato permanente deve essere per noi desunta dall'ultima legge che fu in vigore nella sua durata. Che se al momento del giudizio vige una legge penale differente da quell'ultima, allora sorge la quistione transitoria, ed è il caso di applicare il canone fondamentale della penale retroattività.

Tale è pure l'opinione di Le Sellyer (op. cit., n. 220) e di Meynne (pag. 92), il quale ultimo introduce nella sua dimostrazione il concetto di fatto costantemente rinnovato. Il Seeger (pag. 190-191) è dello stesso avviso, nel caso che la legge punisca lo stato di fatto, come tale, ma non nel caso che essa punisca il reato in generale, senza distinguere il principio di quel fatto dalla sua durata. Quest'ultima sentenza ci pare difficile, per non dire impossibile, a dimostrarsi; imperocchè nei reati i quali hanno per essenziale loro effetto di porre in essere uno stato di fatto contrario alla legge, non ci può essere differenza alcuna fra la legge che accenna allo stato di fatto e quella che adopera più generali espressioni.

Appunto perchè lo stato di fatto conseguente all'atto originario nei reati permanenti non può essere eliminato dal concetto del reato e della sua consumazione, è anche possibile che la legge contempli talvolta la durata di quello stato, come circostanza influente di per sè sola sulla quantità della pena. Così per es. nel reato di illecita sequestrazione la pena suol essere in tutte le leggi proporzionata alla durata della sequestrazione medesima. Invero, quantunque un reato permanente possa considerarsi consumato in qualunque momento della sua

Digitized by Google

durata, l'essere più o meno numerosi tali momenti è però una circostanza concreta che può e deve essere calcolata. Siffatta circostanza concreta può essersi avverata sotto l'impero di una sola legge, oppure sotto l'impero di leggi differenti. Nel primo caso è evidente che la si dovrà giudicare secondo quella sola legge; che se al momento del giudizio sarà in vigore una legge differente, si preferirà delle due leggi la meno rigorosa, in virtù del canone fondamentale della penale retroattività. Nel secondo caso, qual riguardo si avrà alle differenti leggi che siansi succedute nella durata dell'illecito stato di fatto? Suppongasi per es. che l'illecita sequestrazione di un individuo abbia durato un mese, e che nei primi quindici giorni vigesse una legge, la quale puniva quel reato con una data pena qualunque, ove fosse durato al di là di otto giorni, nella seconda quindicina sia entrata in vigore un'altra legge, la quale nella stessa ipotesi punisce il medesimo reato con una pena differente; come si dovrà decidere questo caso?

Benchè parecchi scrittori discutano questo problema separatamente da quello della legge sotto il cui impero il reato permanente devesi ritenere consumato, noi crediamo che i due problemi siano inseparabili, e che quella medesima legge, sotto il cui impero ritiensi consumato il reato permanente, debba essere pur quella secondo la quale si apprezzi l'importanza della sua durata. Per noi dunque dovrà darsi a questa durata quell'importanza che le viene attribuita dall'ultima legge vigente nel suo corso, che è pure la legge sotto la quale dicemmo sopra doversi ritenere consumato il reato permanente per l'effetto della punizione.

Il Meynne (l. c.) è d'altro avviso. Egli opina che l'importanza della durata debbasi desumere da quella legge sotto il cui impero ne è trascorsa la maggior parte. Ma questo criterio ci pare affatto esteriore, epperò non abbastanza scientifico.

Riprendendo ora il discorso della punibilità in generale del

Digitized by Google

reato permanente, vediamo con qual legge debbasi giudicare la prescrizione dell'azione penale nascente dal medesimo.

Che la dottrina generale intorno all'influenza della nuova legge prescrizionale sulle prescrizioni in corso, sia applicabile anche ai reati permanenti, nessuno dubita, e noi lo affermiamo del pari rispetto alla nostra dottrina in proposito. Ma nella pratica applicazione discordano i criminalisti circa il punto di partenza della prescrizione dell'azione penale rispetto a tali reati. Coloro che danno importanza soltanto all'atto originario con cui il reato permanente cominciò, fanno decorrere la prescrizione da quell'atto. Di questa opinione fu il Vächter (ap. Seeger, pag. 192), ed essa venne pure accolta in alcune legislazioni positive, come per es. nel Codice penale prussiano (ap. Seeger, pag. 193). Altri assegnano una distinta prescrizione ai singoli atti, nei quali scompongono il reato permanente. Altri ancora, partendo dalla premessa che il reato permanente non è consumato se non al termine dello stato illecito in cui consiste, vengono alla conseguenza che la prescrizione dell'azione penale dei reati di tal natura, cominci a decorrere soltanto dall'ultimo atto del reo, o in altri termini opinano che la persistenza dell'illecito stato di fatto sia un'interruzione della prescrizione. Quest'ultima opinione ebbe finora il maggior numero di fautori, fra i quali voglionsi ricordare Goltdammer, Hälschner, John, Hufnagel (ap. Seeger, pag. 192, nota 1, c. 3); venne anche adottata da qualche legislazione, come per es. dal Codice penale virtemberghese (ap. Seeger, *ib.*).

Di queste tre opinioni noi preferiamo la terza. Ripugna invero alla ragione che si prescriva l'azione penale in confronto di una persona la quale persiste nel suo illecito operare. Siccome poi dicemmo già che non tanto i reati persistenti si consumano coll'ultimo atto del loro autore, quando piuttosto la consumazione loro si può collocare in qualunque momento della loro durata, così noi pure pensiamo che, fintanto che

Digitized by Google

essi durano, non può prescriversi l'azione penale, e che la legge sotto la quale comincia a decorrere tale prescrizione non può essere altra fuorchè quella sotto il cui impero cessò l'illecito stato di fatto che di tali reati forma il substrato. Che se al momento del giudizio vige una nuova legge intorno alla prescrizione dell'azione penale, si applicheranno i principii già esposti intorno alla retroattività delle nuove leggi circa tale prescrizione.

Riassumendo le cose fin qui dette, noi conchiudiamo che i reati *permanenti*, o sono considerati in generale, senza riguardo alla quantità della loro durata, e finchè persistono sono sottoposti a qualunque nuova legge che li contempli, ma non ad una legge concernente la prescrizione dell'azione penale, perchè questa non può cominciare se non dopo che sono cessati, e va sottoposta alla legge vigente al momento di tale cessazione, salvo il riguardo alla legge più mite vigente per avventura al tempo del giudicio; o vengono considerati specialmente nella quantità della loro durata, e anche questa quantità deve essere apprezzata in conformità all'ultima legge penale vigente nella medesima.

Passiamo ora ai reati *continuati*. Tali diconsi quei reati i quali risultano da molti atti illeciti, omogenei e successivi, i quali si riuniscono nel concetto di un solo reato. Per es. un ladro che si è proposto di asportare tutto il grano che si trova in un granaio, eseguisce il suo proposito asportandone differenti quantità in dieci riprese; egli non è reo di dieci furti, ma di un unico furto, consumato in dieci riprese.

Anche rispetto a questi reati, onde applicare loro il canone fondamentale del gius transitorio penale, bisogna determinare anzitutto sotto qual legge si possano dire consumati, e qual conto si debba fare delle varie leggi emanate per avventura nei vari periodi della loro durata.

Digitized by Google

Siccome nel reato continuato lo scopo dell'agente consiste nella totalità dei singoli reati in cui esso dividesi, così è evidente che la consumazione del medesimo si avvera coll'ultimo atto che vi dà compimento. Lo si deve quindi punire giusta la legge vigente nel giorno in cui quell'ultimo atto venne posto in essere, e le altre leggi che per avventura siano state in vigore nei precedenti periodi non debbono essere messe in conto. Tale è pure l'opinione di Meynne (p. 93) e di Seeger (p. 194), ed anche la Cassazione di Roma ebbe a seguirla in una sua sentenza 10 aprile 1878 (1).

Professò una ben diversa opinione il Temme (ap. Seeger, *ib.*, nota 1), ed anche il Tribunale superiore di Prussia in una sua sentenza del 19 dicembre 1859 (*ib.*), i quali pensarono doversi fra le varie leggi applicare la più mite. Ma questo modo di pensare ci sembra affatto fuori di proposito, perchè, come dicemmo dianzi, la quistione in discorso non ha alcun rapporto colla dottrina della penale retroattività, non è propriamente una quistione transitoria. Vane ci paiono anche le distinzioni e le discussioni che vanno facendo in questa occasione parecchi scrittori tedeschi, citati dal Seeger (*ib.* e pag. 8 e segg.), secondochè gli atti anteriori all'ultimo col quale il reato continuato ebbe la sua consumazione, fossero o non fossero di loro natura punibili, od avessero un altro carattere giusta le precedenti legislazioni. Imperocchè quando si ragiona di un reato continuato, s'intende appunto che tutti i singoli atti da cui esso risulta, siano reati essi pure della stessa indole, e se accadono sotto differenti leggi, siano tali a tenore di tutte queste leggi.

Che se al momento del giudizio vige una legge differente da quella sotto il cui impero il reato continuato venne consumato, l'influenza retroattiva di questa legge verrà regolata dai principii generali intorno alla retroattività penale. E in questo

(1) *A. G.* 1878, 1, 2, 166.

Digitized by Google

senso decise pure la Cassazione di Roma nella dianzi ricordata sentenza 10 aprile 1878.

Essendo l'ultimo atto di un reato continuato quello col quale questo viene consumato, discende da questa premessa anche la conseguenza che la prescrizione dell'azione penale non possa per tal reato cominciare che da quell'ultimo atto e conformemente alla legge prescrizionale allora vigente. Questa opinione fu pure accolta nel Progetto di Codice penale pel regno d'Italia (art. 79) (1). Che se nel giorno del giudizio sarà vigente una legge prescrizionale differente da quella sotto cui la prescrizione del reato continuato cominciò a decorrere, si applicheranno anche in questo caso i principii già esposti intorno all'effetto retroattivo della nuova legge sulla prescrizione dell'azione penale.

Differiscono dai reati continuati i reati *abituali*, perchè in questi la moltiplicità degli atti illeciti di cui constano, non è contenuta e unificata nel concetto di un solo e medesimo reato, ma soltanto vale come abitudine degli atti medesimi, e come tale costituisce il carattere essenziale di uno speciale reato di cui quegli atti formano il substrato. Così per es. il reato di usura implica l'abitudine dell'usura, cioè una molteplicità di atti successivi aventi il carattere di usura, i quali non vengono puniti se non sono così numerosi da costituire un'abitudine, e in virtù di questa, il reato di usura.

Egli è evidente che se alcuni atti d'usura sono stati compiuti vigendo una legge, la quale non contemplava affatto il reato d'usura, ed altri vigendo una legge che lo contempla e lo punisce, non si potrà sotto l'impero di quest'ultima legge calcolare gli atti compiuti sotto l'impero della prima, onde ammettere l'abitudine e il reato. Ciò sarebbe contrario al ca-

(1) « La prescrizione corre . . . . . c) nei reati continuati, dal giorno in cui cessò la continuazione ».

Digitized by Google

none fondamentale della dottrina della penale retroattività, che un atto lecito non può essere trasformato in atto punibile da una legge posteriore, nè può produrre effetti dannosi, neppure indirettamente, in virtù di una legge posteriore. Errò a parer nostro la Corte d'appello di Agen dichiarando in una sua sentenza del 19 luglio 1854 (1), che, se uno solo dei fatti, l'insieme dei quali costituisce il delitto d'usura abituale, fu consumato sotto l'impero di una legge nuova intorno a questo delitto, ciò basti perchè il delitto medesimo si consideri consumato sotto l'impero di essa legge, e debba quindi subirne l'applicazione. In questo modo la Corte di Agen assimilò il reato abituale al reato permanente, mentre quest'ultimo è realmente consumato non appena fu posto l'illecito stato di fatto che ne forma il substrato, e persistendo questo stato di fatto senza cambiamento, può considerarsi consumato in qualunque istante della sua durata; nel primo invece la consumazione del reato non esiste se non dopo la ripetizione di un certo numero di atti illeciti distinti e separati, e non può quindi ammettersi senza considerare distintamente e nello stesso modo tutti gli atti di cui il reato si compone.

Per lo stesso motivo noi opiniamo che se gli atti distinti e successivi, che costituiscono il reato abituale, sono stati compiuti sotto differenti leggi, le quali tutte contemplano e puniscono il reato, ma in diversa maniera, la legge da applicarsi non sia per regola generale quella sotto il cui impero fu compiuto l'ultimo atto necessario per costituire l'abitudine. Imperocchè, sebbene si possa dire che il reato fu consumato sotto l'impero di quella legge, ciò nondimeno, se essa fosse più severa delle precedenti, od anche di alcuna soltanto di esse, non si potrebbe applicarla di preferenza, senza violare, rispetto agli atti d'usura anteriori, l'ineccepibile principio che una nuova legge penale non può costituire un reato per il tempo passato,

(1) *Journ. du Palais*, T. 67, pag. 153.

Digitized by Google

imperocchè da questo principio discende eziandio che una nuova legge penale non possa rendere più gravi gli effetti giuridici, sia diretti, sia indiretti, di un fatto illecito compiuto sotto l'impero di una legge anteriore meno severa. Si dovrà dunque, a parer nostro, per regola generale, applicare nel caso in discorso la più mite fra tutte le leggi penali, siccome quella il cui contenuto è in pari tempo comune a tutte le altre, sia anteriori, sia posteriori, escludendo così ogni idea di retroattività a danno del reo, e soltanto rendendola possibile in qualche caso a vantaggio di lui, la qual cosa non è nè insolita, nè irragionevole nel gius transitorio penale. Il Meynne vorrebbe invece (l. c.) preferita la legge sotto il cui impero accadde il maggior numero dei fatti costituenti il reato abituale, ma a noi pare che questa circostanza al tutto estrinseca non possa bastare a giustificare la retroattività di una legge penale rispetto a fatti compiuti sotto l'impero di una precedente legge meno severa.

Quanto alla prescrizione dell'azione penale pei reati abituali, noi crediamo che non si possa ragionare dell'applicazione alla medesima di una legge nuova, se non dopo la consumazione dell'ultimo fatto illecito posto in essere dal reo, perchè soltanto da questo momento ci sembra poter decorrere tale prescrizione.

Diciamo col Meynne (pag. 96) imputazione *complessa*, quella che ha per oggetto due o più distinti reati commessi dalla medesima persona. Tale è l'imputazione diretta contro chi commise successivamente parecchi reati, sia della medesima, sia di differente specie, dei quali fu scoperto autore nello stesso tempo. Il Meynne avverte la quistione transitoria cui può dare occasione il succedersi di due differenti legislazioni penali, l'una delle quali ammetta, e l'altra non ammetta il cumulo delle pene di reati distinti, compresi nella medesima imputazione.

Digitized by Google

Si possono fare in proposito differenti ipotesi, secondochè si supponga che tutti i reati sieno stati consumati sotto l'impero della legislazione anteriore a quella, vigendo la quale si fa l'imputazione, oppure si supponga che alcuni siano stati consumati sotto l'impero della prima legislazione, gli altri sotto l'impero della seconda.

Nella prima ipotesi, se la legge vigendo la quale si fa l'imputazione non ammette il cumulo delle pene, che ammetteva invece la legislazione sotto la quale i reati sono stati commessi, siccome quella legge è manifestamente meno severa di questa, non ci può essere dubbio che quella legge debba essere applicata. Che se la differenza fra le due leggi è l'inversa della precedente, non ci può essere dubbio neppure che si debba applicare la legge anteriore e non la posteriore.

Nella seconda ipotesi noi professiamo col Meynne (p. 98) l'opinione che la legge da applicarsi debba sempre essere la seconda, cioè quella sotto il cui impero alcuni reati vennero consumati e l'imputazione viene promossa, tanto se la legge sotto il cui impero vennero consumati i primi reati ammetteva il cumulo delle pene, mentre non l'ammette la legge sotto cui vennero commessi gli ultimi e viene promossa l'imputazione, quanto nell'ipotesi inversa. Imperocchè l'ultima legge ha un proprio campo d'azione distinto da quello della prima, e il rapporto che essa pone fra i reati commessi sotto l'impero delle due leggi è propriamente riferimento dei reati nuovi agli anteriori, onde desumerne un concetto che non ha radice alcuna nel tempo e nella legge anteriore. Non vi ha quindi vero e proprio conflitto fra le due leggi, nè bisogno di scegliere la legge più mite, ma una sola legge vuol essere applicata, l'ultima, per desumere da fatti in diversi tempi accaduti un solo e nuovo concetto. Nel caso in particolare che la legge ultima ammettesse il cumulo delle pene, mentre l'anterior legge non lo ammetteva, questa legge esigeva bensì che

Digitized by Google

nessuna pena da esse comminata potesse mai venire accresciuta nel caso che parecchi reati venissero compresi in una sola e medesima imputazione, ma non esigeva nè poteva esigere che le pene di parecchi reati consumati sotto il suo impero non venissero cumulate con quelle di altri reati commessi sotto l'impero di una legge posteriore, la quale fosse per ammettere il cumulo delle pene. Le eventuali conseguenze dei reati non possono maggiormente essere un diritto quesito del loro autore, di quello che in generale si possa ammettere che da un reato sorga nel reo il diritto quesito di non essere sottoposto che ad una data pena. Ripugnerebbe del resto al buon senso e al senso morale un diritto quesito che si pretendesse consistere nel non essere sottoposto all'intiera pena di un reato non ancora commesso, per il motivo di averne già commesso degli altri. Oltracciò, nel caso in discorso, sia che la pena di un reato commesso sotto l'impero della legge nuova venga assorbita in quella di un reato commesso sotto l'impero della legge antica, sia che si cumulino le pene di reati commessi vigendo la legge nuova con quelle dei reati commessi vigendo l'antica, sono questi in sostanza altrettanti modi di apprezzare i reati commessi sotto l'impero della legge nuova, il quale apprezzamento non può manifestamente essere fatto secondo una legge differente da questa. Consimili ragionamenti si possono fare rispetto al caso opposto al suddetto, e soli forniscono una rigorosa dimostrazione della preferenza spettante anche in quel caso alla legge nuova sull'antica.

Analogamente ai casi trattati dianzi, voglionsi pur decidere quelli in cui due leggi penali successive differiscano soltanto nell'ammettere o nel non ammettere l'aggravamento della pena del delitto maggiore in cui sono assorbite le pene dei delitti meno gravi, concordando del resto nell'escludere il cumulo delle pene. Se in particolare alcuni reati sono accaduti sotto

Digitized by Google

una legge, la quale non ammette aggravamento della pena del reato maggiore per concorrenza di minori imputazioni, altri reati sono accaduti sotto una legge che ammette un tale aggravamento per una tale circostanza, il giudice che decide vigendo la seconda legge, deve applicare l'aggravamento voluto da essa legge, sia che il reato più grave sia stato consumato vigendo la seconda legge o sia il caso contrario, imperocchè in ambedue le ipotesi l'applicazione della legge nuova ha per sua cagione un concorso di reati che si è verificato durante il suo impero.

CAPITOLO XXVI.

Della pena e delle circostanze che l'aggravano o la diminuiscono.

La pena è quell'elemento del giudizio penale a cui tutti gli altri mettono capo nei loro effetti, e nel quale si risolve in ultima analisi la maggiore o minor severità delle leggi penali. Questa maggiore o minor severità si può manifestare: I.) nell'ammettere o nel non ammettere una data pena; II.) nella quantità, III.) nella qualità delle pene. Noi applicheremo il canone fondamentale della dottrina della penale retroattività a ciascuno di questi tre oggetti separatamente.

I. Se la nuova legge penale sotto il cui impero il giudizio viene emanato, non ammette più una data pena che era comminata dalla legge sotto il cui impero il reato venne consumato, non vi ha dubbio che quella pena non potrà essere inflitta, e che il giudice dovrà infliggerne un'altra, sostituita esplicitamente dal legislatore o che vi possa essere sostituita mediante interpretazione. Noi abbiamo anche già osservato (v. sopra, p. 362) che in tal caso la pena abolita non potrebbe

Digitized by Google

neppur essere eseguita, vigendo la legge nuova, in virtù di una sentenza pronunziata vigendo la legge anteriore. Che se la pena sostituita a quella abolita fosse per avventura più grave di questa, noi opiniamo col Meynne (pag. 89) che la si dovrebbe ciò nondimeno applicare, per l'invincibile ragione dell'impossibilità di far diversamente, cioè di eseguire una pena, la cui abolizione toglie in pari tempo i mezzi materiali di applicarla.

Le cose anzidette valgono tanto per le pene principali, quanto per le pene accessorie. Per converso, se la legge nuova aggiunge una pena a quella comminata dalla legge anteriore, oppure introduce una pena sconosciuta a questa legge, da applicarsi in qualche caso in cui non si potrebbe applicare la pena ordinaria, non è dubbio del pari che questa nuova pena non potrà essere applicata ai reati commessi vigendo la legge anteriore. Se per esempio la legge nuova aggiunge alla pena personale comminata dalla legge precedente, la confisca dei beni, oppure statuisce per la prima volta l'esecuzione *in effigie* contro chi sia stato condannato a morte in contumacia, o una *pena straordinaria* contro chi non abbia potuto essere convinto, ma sia rimasto soltanto sospetto del reato, tutte queste nuove pene non potranno certamente essere applicate a reati commessi vigendo la legge anteriore. Ciò fu già osservato rispetto al penultimo esempio dallo Zachariæ (p. 49), e rispetto all'ultimo dall'Abegg (498) e dal Van de Poll (p. 64).

II. La determinazione della più favorevole fra le due leggi, antica e nuova, rispetto alla pena, ove questa sia differentemente commisurata, o differente nelle due leggi, è una delle ricerche più sottili nella dottrina della penale retroattività. Noi considereremo separatamente queste due differenze.

Le pene comminate dalle due leggi antica e nuova, differiscono fra loro soltanto nella *quantità*, allorquando, essendo esse della medesima specie, *a*) la loro matematica misura non

Digitized by Google

è la stessa, oppure *b*) una di esse è in una legge accompagnata da una pena accessoria, che non è comminata invece dall'altra legge, oppure *c*) ambedue le pene sono accompagnate da pene accessorie differenti. Questi tre casi vogliono essere separatamente considerati, e ciascuno di essi dà occasione a nuove distinzioni.

Ad a) Se le due leggi penali comminano due pene fisse, di durata o di ammontare differente, la pena più mite sarà certamente quella comminata per un tempo minore, o che consiste in una minor somma di danaro.

Ad a bis) Ma se le due pene sono racchiuse fra due estremi un *massimo* ed un *minimo*, fra i quali il giudice può scegliere l'uno o l'altro, oppure qualunque grado intermedio secondo che le circostanze gli suggeriscono, e se differiscono quei due estremi nelle due leggi, quale pena, qual legge si dovrà considerare più mite? Qui i criminalisti distinguono vari casi o combinazioni possibili. Può darsi invero: 1° che la legge nuova abbia innalzato o abbassato in pari tempo il limite massimo e il minimo della legge antica, oppure 2° abbia abbassato il massimo, innalzando il minimo, o finalmente 3° abbia innalzato il massimo, abbassando il minimo.

Nel primo caso la legge nuova sarà più mite se abbassò contemporaneamente i due estremi, più severa nell'ipotesi contraria; in questa seconda ipotesi dovrà seguirsi nella commisurazione della pena la legge antica, nella prima ipotesi si dovrà invece preferire la legge nuova.

Il secondo e il terzo caso hanno dato occasione a molte e disparate opinioni, come pochi altri punti della dottrina transitoria penale. Dal confronto delle varie opinioni è parso a noi anzi tutto di poter desumere che in quei casi la ricerca della legge più mite e della pena minore è stata fatta in tre maniere differenti. Gli uni, e sono i più, hanno considerato astrat-

Digitized by Google

tamente le due leggi e il valore di quelle differenze per sè medesime; altri hanno opinato che la quistione si dovesse risolvere in ogni singolo caso secondo le circostanze di esso; altri ancora hanno piuttosto elusa che vinta la difficoltà, col proporre la combinazione delle due leggi in quello che ognuna di essa contenga di più favorevole al reo. Di questi tre sistemi, il primo e l'ultimo non ci paiono buoni; noi esporremo ed apprezzeremo prima questi, e poi diremo di quello che ci sembra da preferirsi.

La maggior parte dei criminalisti si industria di trovare un criterio astratto per decidere quale sia più mite fra due leggi che differiscono contemporaneamente nel porre il massimo e il minimo della pena, ma in senso opposto per l'uno e per l'altro, e nei due opposti modi in cui ciascheduno di questi estremi può essere modificato. Ognuno però dei criteri che vennero proposti ci parve inopportuno. — Chauveau ed Hélie (n. 50) propongono per criterio il carattere del fatto punibile, ove esso differisca nelle due leggi. Se cioè il reato è di una specie più grave in una legge che in un'altra, si dovrà ritenere che la pena comminata da quella legge sia anche più grave della pena comminata da questa, senza aver riguardo ad altre circostanze. Obbietta giustamente il Meynne (p. 70) che il criterio non varrebbe dunque pel caso in cui il reato fosse della medesima specie in ambedue le leggi. E noi faremo un'altra obbiezione che ci sembra anche più forte, ed è, che, la gravità dei reati rivelandosi propriamente nella entità della pena, e ciò specialmente nelle quistioni transitorie penali, come abbiamo sopra dimostrato (v. sopra, p. 368), la dottrina in discorso risolvesi in una petizione di principio. — Le Sellyer (op. cit., pag. 227) pone il criterio della preferenza nel confronto della proporzione in cui fu innalzato o abbassato un estremo con quella in cui fu abbassato o innalzato l'altro. « Se la legge nuova, egli dice, ha maggior-

Digitized by Google

mente abbassato il massimo della legge antica, di quello che ne abbia rialzato il minimo, sarà più mite la legge nuova, cioè più favorevole al prevenuto, e dovrà essere di preferenza applicata; se invece la legge nuova ha rialzato il minimo della legge antica più di quello che ne abbia abbassato il massimo, la legge antica sarà più mite, cioè più favorevole all'imputato, e dovrà essere di preferenza applicata. Analogo ragionamento si può fare nel caso che la legge nuova abbia rialzato il massimo della pena comminata dalla legge antica e in pari tempo abbassato il minimo della stessa pena ». Questa soluzione ci sembra la più ingegnosa e la migliore di quante furono proposte da chi considerò l'attuale quistione astrattamente, e non ci persuadono davvero le ragioni colle quali il Meynne (p. 72) vorrebbe dimostrarne l'irragionevolezza; bensì ci pare una soluzione insufficiente, per la ragione, osservata dallo stesso autore (*ib.*), che essa lascia indeciso il casò in cui la legge nuova abbia abbassato o innalzato il massimo della pena comminata dall'antica legge in quella stessa proporzione in cui innalzò o abbassò il minimo della medesima. — La maggior parte dei criminalisti, e fra gli altri Haus (op. cit., n. 87), Nypels (*Addit. ac.*, n. 50 di Chauveau ed Hélie), Bertauld (op. cit., 8 lez., p. 178), Trébutien (op. cit., t. 2, pag. 83), Morin (*Rép.*, voce *Eff. rétr.*; *Dictionn.*, *ib.*, n. 5), Meynne (pag. 75), ripongono il criterio decisivo nel confronto delle due pene rispetto al limite massimo, trascurando affatto il limite minimo, e credono quindi più mite, e di preferenza applicabile la pena il cui limite massimo è meno elevato. Imperocchè il limite minimo della pena, essi dicono, non è mai fisso nel sistema penale francese, e di molti altri Stati, in virtù delle così dette *circostanze attenuanti*, le quali danno al giudice la possibilità di abbassare la pena al disotto del minimo legale. Questa soluzione è di certo soddisfacentissima dovunque vige il sistema delle circostanze

Digitized by Google

attenuanti, inaugurato dalla celebre legge del 1832, ma appunto perciò non è a dirsi scientifica. Imperocchè dove un tale sistema è in vigore, la quistione viene piuttosto tolta di mezzo che non risoluta, appunto perchè in tal maniera la differenza fra le due leggi penali, antica e nuova, non può mai riferirsi praticamente che al limite massimo delle pene, e non contemporaneamente e in senso inverso anche al limite minimo.

Elude pure la quistione chi al pari di Berner (v. sopra, pag. 370) propone che da ambedue le leggi si desuma ciò che vi ha di più favorevole al reo, cioè il minor limite massimo da quella legge in cui lo si ritrova, e il minor limite minimo dall'altra, instituendo così una pena che non è propriamente nè della legge antica nè della nuova. Noi abbiamo già addotto sopra (p. 370) le ragioni per le quali non si possono in generale combinare insieme la legge penale antica e la nuova, onde procurare all'imputato contemporaneamente i vantaggi dell'una e dell'altra.

Tutte le dottrine suaccennate hanno poi anche il difetto osservato dal Dalloz (*Rép.*, voce *Lois*, n. 3721), che in virtù di esse, ogniqualvolta la legge nuova dovrebbe essere considerata più mite dell'antica, quantunque il minimo della pena vi fosse più alto di quello fissato dalla legge antica, un delinquente cui si dovesse appunto applicare il minimo della pena, verrebbe in realtà a soffrire una pena maggiore di quella che avrebbe patita, se fosse stato giudicato prima dell'attuazione della legge nuova. Questo inconveniente proviene dall'essenziale erroneità dello stesso originario punto di vista da cui gli accennati scrittori considerano la quistione, erroneità la cui dimostrazione varrà in pari tempo a giustificare, come fra poco si vedrà, quell'altro punto di vista che a noi parve migliore e da adottarsi.

Noi abbiamo già avvertito precedentemente (v. p. 366), fa-

Digitized by Google

cendo nostra una osservazione dello stesso Meynne, che la maggiore o minor mitezza di una legge penale non deve giudicarsi in astratto, ma in concreto, ciò avendo riguardo all'applicazione che se ne può fare in ogni singolo caso. Questo principio generale vale anche per le leggi che determinano la misura delle pene. Si può discorrere di maggiore o minor mitezza di una data legge penale in astratto, ove si tratti di una legge che deve essere applicata a tutti gli imputati nella stessa maniera, e, rispetto alle leggi in particolare che determinano le pene, ove si tratti di una legge che commina una pena fissa, o di una legge che soltanto determina il genere della pena. Ma ogni e qualunque legge penale che può avere una differente applicazione in differenti casi, e, in particolare, una legge che stabilisce soltanto il massimo e il minimo di una data specie di pena, fra i quali due estremi si possono scegliere nei differenti casi molti gradi differenti, una legge siffatta non può essere stimata più o meno mite di un'altra in modo astratto e generale, ma soltanto concretamente e in relazione a casi determinati. Come è vano il discorrere (v. sopra, l. c.) di maggior mitezza di una legge che non punisce l'attentato sospeso per volontaria desistenza, in confronto di un'altra che lo punisce anche in quel caso, ogni qualvolta l'imputazione non sia di attentato ma di reato consumato, così non è meno vano il discorrere di maggior mitezza di una legge che pone un meno elevato limite massimo della pena, se si tratta di un delinquente il quale si è meritato il minimo della pena, anzichè il massimo, e reciprocamente. Questo secondo discorso è anche assurdo oltre che vano, perchè, dipartendosi da una astratta maggior mitezza, conduce in concreto, come abbiamo già fatto rimarcare poc'anzi, ad infliggere al reo la più grave delle pene fra le quali sarebbe data la scelta. È veramente strano che il Meynne, dopo aver posta quella generale premessa dianzi ricordata, l'abbia poi sì male applicata. Egli

Digitized by Google

dice (p. 74) che il giudice non deve indagare se pronunzierà piuttosto il minimo o il massimo della pena, prima di conoscere qual legge penale debba applicare. Ma quale sia la legge penale da applicarsi è appunto una indagine concreta, che non si può fare senza aver riguardo al caso in quistione, e senza vedere se si debba piuttosto adottare il massimo o il minimo della pena, o avvicinarsi piuttosto all'uno o all'altro di questi estremi. Una legge penale che deve essere applicata fra due limiti estremi, si risolve in realtà in tante leggi quanti sono i gradi possibili della sua applicazione; e ognuna di queste leggi o gradi non può essere scelta che di caso in caso, e avuto riguardo alle concrete circostanze di ogni singolo caso.

Per tali ragioni noi siamo d'avviso che, allorquando la legge antica e la nuova differiscono nel fissare il massimo e il minimo della pena di una data specie, la scelta della pena più mite si debba fare dopo aver prima ponderato se nel caso in quistione debbasi applicare il massimo, oppure il minimo, o qual grado debbasi adottare fra l'uno estremo e l'altro. Si applicherà quindi quella minor pena che nell'una o nell'altra legge si troverà corrispondere al grado di intensità prestabilito.

Questa opinione è già stata adottata da valenti scrittori, fra i quali ricordiamo Dalloz (*ib.*, num. 372), Blanche (op. cit., num. 33), Hälschner (ap. Seeger, pag. 153), Seeger (*ib.*). Quest'ultimo è anzi d'avviso (*ib.*, nota 1), ma non ci pare con troppo fondamento, che il Goltdammer (ap. Seeger, *ib.*) e il Berner (v. sopra, pagina 368) proponendo che dalle due leggi, antica e nuova, si desumano il massimo e il minimo meno elevati della pena, per comporne una terza legge penale, non abbiano in realtà mirato ad altro fuorchè al risultato pratico a cui conduce l'opinione in discorso. La stessa opinione fu pure adottata dal Tribunale correzionale di Pont-l'Evêque nella sua sentenza 1° agosto 1832 (1), la quale venne annul-

(1) D. *R.*, voce *Lois*, n. 372.

Digitized by Google

lata dalla Corte di cassazione di Parigi con sentenza 1° febbraio 1833 (1), per motivi estranei alla presente quistione.

Ad a ter). Se l'antica legge e la nuova differiscono nel fissare la quantità della pena, perchè l'una di esse stabilisce una pena fissa, e l'altra una pena variabile fra un limite massimo ed un minimo, dice benissimo il Meynne (pag. 77) che la scelta della legge penale non può essere dubbia, quando il minimo della pena secondo una legge sia più elevato, oppure il massimo della pena sia meno elevato della pena fissa stabilita dall'altra. Imperocchè, così nell'un caso come nell'altro, sia che il giudice voglia applicare il massimo della pena, sia ch'egli voglia applicare il minimo, la legge che stabilisce la pena variabile sarà sempre da lui riconosciuta come più mite di quella che stabilisce la pena fissa.

Ma se la pena fissa di una legge è in pari tempo inferiore al massimo, e superiore al minimo della pena variabile stabilita dall'altra legge, o viceversa, quale delle due leggi si dovrà applicare?

Il Meynne (*ib.*), coerentemente a ciò che disse rispetto ai casi da noi contemplati nel numero precedente, opina che si debba confrontare il massimo della pena variabile colla pena fissa, e afferma quindi in tesi generale che sarà più mite il meno elevato fra i due termini di confronto. Che se, essendo il massimo della pena variabile più elevato della pena fissa, e dovendosi quindi considerare quest'ultima come più mite in tesi generale, accadesse in un caso concreto di dover punire con questa pena un individuo, il quale meriterebbe la minor punizione possibile, egli osserva che si potrebbe soddisfare alla giustizia coll'ammissione delle circostanze attenuanti.

Noi pure, coerentemente a quanto dicemmo sotto il numero precedente, diremo ora col Dalloz (l. c., n. 371) che sarà più mite e da applicarsi la legge che stabilisce la pena fissa, oppur

(1) D. *R.*, voce *Lois*, n. 372.

Digitized by Google

quella che stabilisce la pena variabile, secondochè nel caso concreto si dovrà infliggere al reo il massimo oppure il minimo della punizione. E ci conforta non poco in questa opinione l'implicita condanna che il Meynne fa della sua, là dove dice (pag. 78) che l'opinione del Dalloz è più equa, e che il legislatore potrebbe utilmente adottarla con una espressa disposizione. Anche questa volta la nostra opinione è confermata da autorevoli giudicati. La Corte di cassazione di Parigi con sentenza 26 luglio 1811 (1) applicava la pena di 8 anni di ferri comminata dal Codice penale del 1791, in un caso per cui il Codice penale del 1810, allora vigente, comminava i lavori forzati a tempo da cinque a venti anni. La Corte decidette in questo modo perchè, volendo applicare al delinquente la massima pena, trovava che questa era minore nel Codice del 1791 che in quello del 1810. La stessa Corte, in una sentenza del 5 febbraio 1830 (2), tenne ferma l'applicazione del Codice penale pubblicato alla Guadalupa nel 1829 ad un reato accaduto sotto la legislazione anteriore, ad onta che questa fosse più mite nel suo complesso, attesochè il giudice poteva in quel caso desumere la pena inflitta indifferentemente dall'una legislazione o dall'altra.

Ad b). Veniamo ora a considerare quell'altra differenza di mera quantità fra le due pene dell'antica legge e della nuova, che siano della medesima specie, consistente nell'essere una delle due pene accompagnata da una pena accessoria, e l'altra no. Questa differenza implica per verità anche una differenza di qualità, perchè la pena accessoria è necessariamente eterogenea dalla principale, ma siccome l'accessorio cede al principale, così noi abbiamo qui per caratteristica la sola differenza di quantità fra le pene principali.

Varie ipotesi si possono fare rispetto alla differenza in di-

(1) D. *R.*, voce *Lois*, n. 371.
(2) *Ib.*

Digitized by Google

scorso. Può darsi che le due pene principali omogenee, siano anche della stessa quantità, o fissa o variabile, e in ambedue questi casi egli è evidente in tesi generale che più mite sarà quella legge penale che alla pena principale non aggiunge alcuna pena accessoria. Può anche darsi che, essendo fissa una delle pene principali, sia variabile l'altra, ma la quantità della prima superi il massimo della seconda; in questa ipotesi, se la pena fissa è appunto quella cui va congiunta una pena accessoria, è pur evidente che la pena variabile sarà in ogni caso la più mite. Ma se nella stessa ipotesi la pena accessoria fosse aggiunta alla pena variabile, oppure se, essendo la pena fissa inferiore al minimo della pena variabile, la pena accessoria fosse aggiunta alla pena fissa, od anche se, essendo la pena fissa minore del massimo, e maggiore del minimo della pena variabile, la pena accessoria fosse aggiunta all'una o all'altra di queste pene, quale si dovrebbe ritenere pena e legge più mite, e quale più severa?

Egli è evidente che in tutti questi casi non si può venire ad una soluzione soddisfacente, applicando il metodo che noi abbiamo proposto in altri casi precedenti, di scegliere cioè quella pena che si trovi matematicamente minore nell'una o nell'altra legge, dopo aver prima stabilito se al delinquente debbasi infliggere il massimo o il minimo della pena. Imperocchè non si possono matematicamente confrontare quantità eterogenee, e per definire se una data pena cui va congiunta una pena di differente specie, sia maggiore o minore di un'altra data pena della stessa specie, cui tale aggiunta non è fatta, bisognerebbe prima poter tradurre la pena accessoria in una quantità di pena principale. Ma questo apprezzamento è impossibile a farsi dal giudice, ove il legislatore medesimo non abbia dato in proposito norme positive. Qual è la pena pecuniaria, dice benissimo il Meynne, che equivale a un mese o due di prigionia, o ad altra pena corporale?

Digitized by Google

La difficoltà in discorso non può quindi essere superata che in qualche modo ben differente dal confronto quantitativo delle pene. A nessuno di certo verrà in mente di rimettere al delinquente medesimo la scelta della pena che gli paia meno grave. In verità noi non troviamo altra soluzione migliore di quella suggerita dal Meynne (pag. 79), di trascurare cioè la pena accessoria, e di non aver riguardo che alla pena principale. Invero, attesa la matematica incommensurabilità di una pena di specie più grave con una di specie meno grave, bisogna pur ritenere che, per quanto una pena di specie inferiore sia forte, essa non equivalga mai al grado anche minimo di una pena di specie superiore. Il Meynne conferma (p. 82) opportunamente la sua opinione coll'autorità della legge francese 20 febbraio 1832, la quale annoverò (art. 5) fra i delitti correzionali i furti e tentativi di furto, contemplati nell'art. 388 del Codice penale, e che essa punì col solo carcere, mentre da quel Codice erano puniti colla reclusione, quantunque alla pena del carcere fosse per quei reati in detta legge congiunta anche la pena pecuniaria.

Che se, applicando i principii esposti precedentemente, risulta applicabile come più mite la pena principale cui va unita l'accessoria, s'intende da sè che, ove questa pena accessoria sia variabile fra un limite massimo ed un minimo, se ne dovrà applicare il grado corrispondente a quello che fu adottato rispetto alla pena principale. Se per es. il delinquente fu trovato meritevole del massimo della pena principale, e la legge da cui questa è desunta vi unisce una pena pecuniaria variabile da un minimo ammontare ad un massimo, si infliggerà al delinquente anche il massimo della pena pecuniaria; l'opposto nel caso opposto.

Ad c) Se le due pene omogenee dell'antica e della nuova legge, sono accompagnate ambedue da pene accessorie, ma differenti, può darsi che in pari tempo siano identiche le pene

Digitized by Google

principali, oppure che queste siano di differente quantità. Nel primo caso, se la differenza fra le pene accessorie è di *mera quantità*, si prescegliera la più mite fra le pene accessorie, colle stesse regole sovra esposte ad *a*); se invece la differenza fra le pene accessorie è di *qualità*, si prescegliera la più mite fra esse conformemente ai principii che esporremo più oltre (*sub* III). Nel secondo caso la pena accessoria verrà desunta dalla medesima legge da cui la pena principale, giusta le regole esposte precedentemente *ad a bis*), e non avendo riguardo alla pena accessoria, giusta quanto si è detto dianzi *ad b*). Non si ricercherà in particolare la più mite fra le pene accessorie delle due leggi, non potendosi nel passaggio da una legge penale ad un'altra desumere la decisione di un singolo caso pratico parte da una legge, parte da un'altra (v. sopra pag. 370).

III. Quando la pena della legge antica e quella della legge nuova sono di specie o qualità differente, la scelta della più mite è in realtà la scelta della specie più mite di pena. Questa scelta, secondo alcuni autori, come il Goltdammer (ap. Seeger, pag. 152, nota 1) e il Seeger (pag. 151-152), dovrebbesi fare contemperando il criterio desunto dal posto che una data specie di pena occupa nella scala penale in confronto di un'altra, col criterio desunto dalle condizioni individuali del reo. Lo stesso metodo venne raccomandato ai giudici da qualche legislazione positiva, e per es. da due Ordinanze del Re di Sassonia, l'una del 31 marzo 1838 (§ 2), l'altra del 13 agosto 1855 (§ 6), (ap. Seeger, pag. 150, nota 1). Ma noi crediamo che il secondo di quei due criteri sia troppo incerto e contingente, perchè si possa additare ai giudici, e di più esso ci sembra anche affatto incompetente nel moderno sistema della giustizia penale, in cui non si statuiscono pene differenti per le differenti classi e condizioni sociali. Noi crediamo quindi colla maggior parte degli scrittori, che solo criterio opportuno e decisivo nell'attuale quistione sia quello desunto dal posto che occupano le

Digitized by Google

varie pene nella scala penale. Noi aggiungeremo soltanto che la scala penale rispetto alla quale si fa quel confronto, deve essere propriamente quella fissata dalla legge attuale, se per avventura delle due diverse pene, sancite dalla legge antica e dalla nuova, quella che è più grave per una legge sia meno grave per l'altra. Imperocchè l'obbiettiva gravità delle pene, non meno dell'obbiettiva gravità dei reati, deve essere giudicata esclusivamente in relazione al tempo in cui la giustizia viene amministrata e in cui si vuol raggiungere lo scopo della pena. Quel principio del resto venne anche adottato da Chauveau ed Hélie (op. cit., n. 46, ed. e Nypels), Nypels (*ib.*), Haus (op. cit., n. 87), Bertauld (op. cit., 8ª leç.), Trébutien (op. cit., 1ª p., t. 2, c. 1), Blanche (op. cit., art. 4, n. 31-33), Morin (*Rép.*, voce *Eff. rétr.*, n. 7), e anche dal Meynne (p. 65), il quale ha veramente trattato con maggiore estensione e maggiore accuratezza di tutti i suoi predecessori il difficile tema della penale retroattività.

La giurisprudenza ci fornisce pure autorevoli testimonianze a pro del principio in discorso. La Cassazione di Parigi lo ha sempre riconosciuto ed applicato. In una sentenza 6 novembre 1812 (1) essa dichiarò in tesi generale: che « la gravità di una pena risulta dalla sua stessa natura e dal carattere che la legge le attribuisce, non dalla durata maggiore o minore nella quale deve essere subìta ». In una precedente decisione del 26 luglio 1811 (2) la stessa Corte aveva dichiarato che un oltraggio fatto ad un pubblico funzionario nell'esercizio delle sue funzioni, sotto l'impero del Codice penale del 1791, il quale gli comminava la pena infamante della detenzione da uno a due anni, dovesse essere punito colla pena del carcere correzionale, comminata allo stesso reato dal vigente Codice penale del 1810, quantunque tal pena correzionale potesse in quel caso venire

(1) Ap. Meynne, pag. 67.
(2) *Pasicr.*, 1ª serie, Vol. 6, pag. 219.

Digitized by Google

inflitta a termini di quel Codice per una durata massima di cinque anni. Parve decisiva alla Corte la circostanza che nella scala penale del Codice penale del 1810, la pena del carcere vien dopo le pene infamanti. — Posteriormente la Corte di cassazione di Parigi dichiarò in una sentenza del 18 gennaio 1833 (1), che un'usurpazione di strada comunale, consumata sotto l'impero del Codice penale del 1791, che la puniva con una multa correzionale da 3 a 24 franchi, e giudicata sotto l'impero della legge 28 aprile 1832, che la poneva invece nel novero delle contravvenzioni di polizia, dovesse essere punita a termini di questa legge, e precisamente con multa da 11 a 15 franchi, essendo le pene di polizia inferiori in grado alle pene correzionali, quantunque nella fattispecie il minimo quantitativo della pena pecuniaria stabilito dalla legge nuova fosse più elevato di quello statuito dalla legge anteriore. — Altre sentenze pronunziò la stessa Corte nel medesimo senso nei giorni 9 frimaio, anno X (2), 28 fruttidoro, anno XI (3), 18 gennaio 1850 (4), 7 giugno 1851 (5).

CAPITOLO XXVII.

Continuazione.

Nel commisurare la pena, conviene aver riguardo alle circostanze che per legge hanno l'effetto di aumentarla o di diminuirla. Queste circostanze possono essere variamente regolate dalle due leggi, antica e nuova, sia rispetto ai loro elementi costitutivi, sia rispetto alla efficacia loro nella com-

(1) Ap. Meynne, pag. 67.
(2) *Pasicr.*, 1ª serie, Vol. 2, *Trib. d. Cass.*, pag. 321.
(3) Ap. Meynne, pag. 68, nota 1.
(4) D. 1850, 5ª part. pag. 349.
(5) D. 1851, 1ª part., pag. 246.

Digitized by Google

misurazione della pena. Per regola generale, tanto per un rispetto quanto per l'altro si deve preferire la più mite fra quelle due leggi. Ciò ebbe pure a dichiarare la Corte di cassazione di Parigi, rispetto alle circostanze mitiganti in particolare, in una sua sentenza 16 floreale anno II (1).

Fra gli argomenti più discussi dagli scrittori della penale retroattività a proposito delle circostanze aggravanti è degno di speciale riguardo quello della recidiva. È generalmente ammesso nelle legislazioni positive che la ripetizione del medesimo reato per cui il reo ebbe già a subire una condanna, oppure di un reato della medesima specie di quello per cui la precedente condanna è stata pronunziata, dia motivo ad un aumento di pena dell'ultimo reato commesso, per titolo di recidiva; ma, se quei molteplici reati sono stati perpetrati sotto l'impero di differenti legislazioni penali, sorgono due questioni. La prima: se, nell'applicare la pena ad un reato commesso vigendo una data legislazione, si possa ammettere la recidiva pel motivo di uno o più reati commessi sotto una legislazione precedente. La seconda: come si debba il giudice contenere, se, risoluto affermativamente il primo punto, differiscano le due legislazioni circa il concetto e le condizioni della recidiva.

Non è però la prima vera e propria quistione transitoria, come credono generalmente gli scrittori che ci hanno preceduti, commettendo uno sbaglio che noi abbiamo già osservato in altre precedenti occasioni. Invero anche qui non si tratta di contrapporre una legge vigente all'epoca del giudizio, ad una legge anteriore che vigeva quando fu commessa l'azione punibile; si tratta piuttosto di determinare sotto qual legge debbasi riputare consumata la recidiva, se i due o più reati commessi dalla medesima persona, lo furono per avventura sotto differenti legislazioni. Soltanto, dopo tale determinazione,

(1) *R. G.* 4, 2, 37.

Digitized by Google

vi è luogo a supporre che all'epoca del giudizio viga una legge penale differente da quella sotto il cui impero la recidiva è accaduta, e di qui sorge propriamente la quistione transitoria concernente la recidiva.

Che la recidiva si debba ammettere anche in riguardo a reati commessi vigendo una legislazione anteriore, è generalmente riconosciuto. Alcune leggi positive lo dichiarano espressamente, come, per es., il Codice penale del Brunswick (*Pat. di promulg.*, § VIII, ap. Berner, pag. 61), ed il Codice penale prussiano (art. VI) (1). Lo stesso ebbe pure a dichiarare la Corte di cassazione di Parigi in una sentenza del 20 giugno 1812 (2), ed in altra del 16 novembre 1815 (3). A buon diritto invalse tale opinione; imperocchè la recidiva aggrava la pena, siccome indizio manifesto di più alto grado di pravità nel delinquente, ma l'importanza morale dei fatti umani si giudica prescindendo dal tempo e dal luogo, in cui i fatti medesimi vennero commessi. Soltanto nell'applicare le esigenze della morale ai fatti penali non si può considerare reato una azione compiuta in un tempo in cui era lecita, del quale principio vedremo un'applicazione in questo argomento della recidiva. Che se la legge anteriore, sotto il cui impero accadde un reato, di fronte al quale quello che ora si punisce assume il carattere di recidiva, non avesse contemplato, per un supposto inverosimile, questa circostanza aggravante, il giudice potrebbe non ostante ammetterla senza dare alla legge nuova una ingiusta retroattività. Imperocchè, come ben osservò un tribunale bavarese, giusta la testimonianza di Berner (p. 62), la recidiva non consiste già nell'essere stato consumato un reato precedentemente a quello che forma oggetto

(1) « La pena della recidiva potrà essere applicata, sia che le precedenti infrazioni siano state commesse prima dell'attuazione del presente Codice, o sia che siano state commesse dopo, ecc. ».

(2) *Pasicr.*, 1ª serie, *C. d. cass.*, Vol. 6, pag. 518.

(3) *R. G.* 19, 1, 33.

Digitized by Google

del giudizio, ma nell'essere stato quest'ultimo reato consumato dopo che un altro od altri lo erano stati prima di esso; in questo senso appunto la recidiva si dice circostanza o carattere del reato, su cui pende il giudizio. La quale osservazione venne poi tradotta in un Rescritto del re di Baviera, Massimiliano Giuseppe, del 10 dicembre 1814 (ap. Berner, pag. 63), del seguente tenore: « siccome la recidiva appartiene alle qualifiche del fatto che aumentano la punibilità, e queste devono essere giudicate secondo le leggi vigenti al tempo, in cui il reato fu commesso, così non si applica retroattivamente il nuovo Codice penale, se un reato perpetrato dopo la sua attuazione viene riguardato come recidiva a motivo di una pena subìta sotto l'impero di una legge anteriore ».

Non varrebbe l'obbiettare ciò che sopra noi dicemmo circa l'abitualità dell'usura, non ostando nel caso presente ciò che in quello impediva di fondare una imputazione nuova dei fatti accaduti vigendo una legge anteriore. Imperocchè non si tratta ora come allora di ammettere esistente un reato in un tempo in cui la legge vigente non lo ammetteva, ma soltanto di avvertire in un reato la semplice circostanza di fatto di essere stato preceduto da reati consimili, circostanza che bensì la legge anteriore non avvertiva o diversamente apprezzava, ma che non per questo cessa di essere una mera qualifica di fatto del reato posteriore, inseparabile dal concetto di questo.

Discordano gli scrittori soltanto nel porre i requisiti della recidiva risultante dalla ripetizione di un reato sotto l'impero di leggi differenti.

Si domanda anzitutto se il requisito della identità o della semplice omogeneità dei reati ripetuti debbasi desumere dalla legge sotto il cui impero la recidiva viene ammessa, o da una legge anteriore. Di queste due opinioni noi non possiamo esitare a dare preferenza alla prima, avendo già dichiarato sopra

Digitized by Google

che la recidiva è propriamente una qualifica dell'ultimo reato in confronto dei precedenti, e non reciprocamente. Posto questo principio, non è possibile senza contraddizione, che noi qualifichiamo di recidiva il reato, su cui pende il giudizio, in confronto di un reato commesso sotto l'impero di una legislazione anteriore, se la legge, su cui il giudizio si fonda, non permette un tale confronto, benchè lo permettesse la legge anteriore.

Si disputa eziandio fra gli scrittori se possa darsi recidiva in confronto di un reato commesso sotto l'impero di una legge anteriore, ma che la legge attuale non considera più come tale. Supponiamo che, ad ammettere la recidiva, sia necessaria un'altra ed anteriore condanna per furto, e che una condanna di questo genere sia stata realmente emanata sotto l'impero di una legge anteriore, ma in un caso, nel quale la legge attuale ravviserebbe un reato differente dal furto vero e proprio; potrà ciò nondimeno quella condanna essere calcolata per la recidiva? In altri termini più generali, nella determinazione della recidiva, la natura del reato consumato sotto l'impero della legge anteriore dovrà essere desunta dalla sola qualifica attribuitagli dalla relativa sentenza di condanna, od anche dalle circostanze di fatto enunciate in questa sentenza e confrontate colle corrispondenti disposizioni della legge attuale?

Il Tribunale superiore di Prussia ritenne la prima di queste due opinioni in un caso, nel quale un tale era stato condannato per furto di pesci dall'acqua corrente, mentre questa sottrazione non era più considerata furto dalla legge vigente all'epoca della pretesa recidiva (1). Anche la Corte di cassazione di Parigi, in parecchie sentenze, 11 giugno 1812 (2),

(1) Goltdammer, art. 1, pag. 75, II, pag. 388-394, ap. Seeger (pag. 160, nota 2), il quale non ci dice la data della sentenza.

(2) *Rec. gén.*, VII, I, pag. 91.

Digitized by Google

20 giugno 1812 (1), 16 novembre 1815 (2), 4 luglio 1828 (3) e 19 luglio 1830 (4), e la Corte di cassazione di Bruxelles, in una sentenza del 22 giugno 1833 (5), adottarono la stessa opinione, ritenendo la recidiva nel crimine in casi, nei quali l'antecedente condanna contemplava un reato che la legge penale allora vigente qualificava di crimine, mentre la legge vigente all'epoca della pretesa recidiva lo considerava soltanto come delitto. Taluni scrittori hanno pur difeso tale opinione, fra i quali il Van de Poll (pag. 42) e lo Schwarze (*Neues Arch.*, 1857, p. 375-377), le cui argomentazioni riassumono quanto fu detto dai tribunali per giustificarla. Lo Schwarze invoca il principio della irretrattabilità della cosa giudicata. Il giudice, egli dice, non ha facoltà di sottoporre a critica un giudicato anteriore, per decidere intorno alla recidiva. L'anteriore giudicato ha posto in sicuro il fatto che, per es., il condannato commise un furto; ciò basta, perchè non si possano confrontare le nozioni che di tal reato porgono le due leggi, e perchè si debba ammettere la recidiva se il delinquente commette di nuovo lo stesso reato, quando anche per avventura le due leggi non si accordassero nel determinarne gli estremi e le condizioni.

Ad onta delle riferite autorità e ragioni, la contraria opinione ebbe maggior numero di partigiani, fra i quali furono Chauveau ed Hélie (n. 498), Nypels (ad Chauveau ed Hélie, n. 397), Haus (n. 364), Rauter (n. 192), Legraverend (p. 179 e 188), Seeger (p. 159), Meynne (p. 57). Fu pure adottata dai tribunali badesi, giusta la testimonianza del Seeger (p. 16, nota 1).

Noi pure ci dichiariamo avversari dell'opinione suesposta,

(1) *Ib.*, XIII, I, pag. 66.
(2) *Ib.*, XIX, I, pag. 33.
(3) *Pasicr.*, 1ª serie, *C. d. cass.*, Vol. 14, pag. 6.
(4) *Rec. gén.*, 31, 1, 185.
(5) Ap. MEYNNE, pag. 56.

Digitized by Google

e ci pare di poterla efficacemente combattere. Invero, anche questa volta è per noi decisivo il riflesso che la recidiva è un carattere dell'ultimo reato, su cui pende il giudizio, e che l'ammetterla si risolve nell'attribuire a questo reato una maggiore gravità per essere il medesimo una ripetizione di un reato anteriore. Il giudizio della gravità di un reato non si può fare se non giusta la legge attuale, epperò qualunque circostanza, da cui quella gravità proviene, deve desumere dalla legge attuale il suo valore; la circostanza in particolare dell'essere già stato commesso il medesimo reato un'altra volta, dev'essere apprezzata conformemente alla legge attuale, nel senso che debba essere quello un reato contemplato anche da questa legge. Oltracciò, l'avere ammesso che, onde poter riscontrare una recidiva nel nuovo reato, la qualità richiesta nel reato anteriore debba essere desunta dalla legge, sotto il cui impero questo nuovo reato venne consumato, ci obbliga, per non essere incoerenti, a desumere da questa legge anche gli estremi costitutivi del reato anteriore, di cui l'indole sia idonea. Nè vale l'obbietto dell'autorità della cosa giudicata, perchè l'ammettere la recidiva non è una conseguenza della condanna anteriore, ma bensì del nuovo reato, di fronte al quale quella condanna è un fatto distinto e separato. Non si può sottoporre a nuova critica la cosa giudicata penale tutte le volte che si tratta dei suoi effetti o della sua esecuzione, ma allorquando vi si ha riguardo per uno scopo affatto differente da quelli, è ragionevole che il legislatore ed il giudice la contemplino in quel modo appunto che da tale scopo è richiesto (1).

Per le stesse ragioni noi crediamo altresì che, se nel reato

(1) Il Tribunale d'appello di Francoforte in una sentenza che venne poi riformata dalla già riferita decisione del Tribunale superiore di Prussia, (v. sopra p. 439) aveva detto troppo, come bene osserva il Seeger (p. 161, nota), affermando « che la sentenza stabilisce il carattere giuridico dei fatti soltanto pel momento della decisione e dell'esecuzione ».

Digitized by Google

anteriore mancasse qualche elemento voluto dalla legge sotto il cui impero si fa quistione di recidiva, questa non potrebbe essere ammessa. Imperocchè non vi ha sostanziale differenza fra l'essere un dato reato contemplato da una legge e non da un'altra, e l'essere il medesimo reato contemplato da ambedue le leggi a condizioni differenti. Nell'un caso manca totalmente, nell'altro manca soltanto parzialmente in una legge ciò che è contemplato dall'altra. Noi ci associamo quindi al Seeger (p. 158) nel disapprovare parecchie sentenze del Tribunale superiore di Prussia del 1851 e del 1852, nelle quali fu dichiarato non essere necessario alla recidiva che l'anteriore condanna fosse stata pronunziata contro un individuo, il quale avesse raggiunta l'età, prima della quale la condanna medesima non avrebbe potuto essere pronunziata secondo la nuova legge penale. Lo stesso diciamo rispetto ad un'altra sentenza di quel tribunale, pronunziata nel 1851, nella quale fu dichiarata la recidiva in vista di un'anteriore condanna per tentativo di crimine, basata su di una legge, la quale non esigeva nel tentativo tutti i requisiti voluti dalla nuova legge penale.

Analogamente si possono risolvere le quistioni nascenti dalle differenze fra le due leggi, antica e nuova, circa la qualifica del reato, influente sull'ammissibilità od inammissibilità della recidiva. Se, per esempio, un'azione punita come crimine sotto l'impero di una legge anteriore, ora abolita, non è più riguardata che come delitto dalla legge attuale, chi sotto l'impero di questa legge ripeterà una tale azione, sarà reo di una recidiva di *delitto dietro delitto (délit sur délit)*, e non già di *delitto dietro crimine (délit sur crime)*; e chi sotto l'impero della legge attuale commette un crimine omogeneo ad un reato da lui commesso sotto la legge precedente, e che questa legge considerava crimine, mentre la legge attuale lo considera delitto, non sarà passibile della pena della recidiva, dovunque

Digitized by Google

non sia ammessa recidiva di *crimine dietro delitto (crime sur délit)*, quale appunto in tale ipotesi si avrebbe. Queste medesime decisioni ha adottato il Meynne (p. 59, 60), e per lui come per noi esse discendono direttamente dalla premessa che l'idoneità di un reato, commesso e punito sotto l'impero della legge antica, ad essere confrontato con un altro reato commesso sotto l'impero della legge nuova, onde ammettere la recidiva, dev'essere giudicata in conformità alla legge nuova, perchè la recidiva è essenzialmente un carattere dell'ultimo reato commesso e giudicato.

Ma, se la legge nuova considera come crimine un reato che la legge antica riguardava come delitto, chi fu punito per una tale azione sotto l'impero della legge antica, ma poi commise un delitto dello stesso genere sotto l'impero della legge nuova, dovrà essere giudicato reo di recidiva di *delitto dietro crimine*, oppure di *delitto dietro delitto?* Il Meynne (p. 61) tiene la seconda opinione, osservando che la recidiva è un effetto del reato punito sotto l'impero della legge antica, e che la legge nuova non può attribuire ad un tale reato un effetto che la legge antica non ammetteva, senza ingiusta retroattività. Noi non possiamo convenire in tale sentenza, e teniamo l'opinione contraria. Imperocchè, noi abbiamo appunto premesso più sopra che la recidiva non è propriamente un effetto dell'anteriore punizione, ma del nuovo reato, e che siffatta proposizione è l'equivalente dell'altra accettata dallo stesso Meynne, che la recidiva è essenzialmente un carattere, una circostanza del nuovo reato. Come da tale premessa noi abbiamo già dedotto potersi applicare retroattivamente una legge nuova, la quale ammetta la recidiva rispetto ad un reato, o ad una classe di reati, rispetto ai quali per avventura non l'ammetteva la legge anteriore, così ora ne dobbiamo dedurre, per non essere incoerenti, che, nel giudicare della recidiva, si possa retroattivamente applicare una legge nuova, la quale ad un dato reato

Digitized by Google

attribuisca una qualifica più grave di quella attribuitagli dalla legge antica.

Può finalmente la recidiva avere per sua condizione il non essere decorso più di un certo tempo fra il reato già punito e quello su cui pende il processo. Molte legislazioni pongono e determinano questo requisito, e fra le altre la prussiana (pag. 60), la virtemburghese (art. 126), la bavarese (pag. 71) e il Progetto di Codice penale italiano (art. 72). Se la legge, sotto il cui impero la recidiva è accaduta, statuisce un intervallo di tempo differente da quello statuito dalla legge sotto il cui impero venne consumato il reato anteriore, noi opiniamo col Seeger (pag. 163, 164) che la prima disposizione debba essere esclusivamente applicata, sia l'intervallo di tempo più corto, o sia più lungo di quello stabilito dalla legge anteriore. Imperocchè anche questa è una diretta conseguenza del principio tante volte invocato in questo capitolo, che la recidiva è una circostanza del nuovo reato, e non un vero e proprio effetto dell'anteriore reato che già venne punito. Ciò nondimeno parecchie legislazioni positive, come osserva il Seeger (p. 164), hanno stabilito che non si possa valutare per la recidiva un reato, dalla punizione del quale fino all'epoca della consumazione di un nuovo reato sia decorso più del tempo dentro il quale può ammettersi la recidiva secondo la legge vigente all'epoca del primo reato, quantunque la legge vigente all'epoca del secondo prefigga un termine più lungo di quello stabilito dalla prima legge. Codesta disposizione è manifestamente l'effetto di un errore, consistente nell'applicare il principio fondamentale della penale retroattività ad una questione che non è propriamente transitoria.

La vera questione transitoria rispetto alla recidiva sorge, come abbiamo avvertito da principio, nell'ipotesi che la legge vigente intorno alla medesima all'epoca del giudizio, sia differente da quella sotto il cui impero la recidiva è accaduta, cioè

Digitized by Google

dalla legge sotto il cui impero fu consumato l'ultimo reato su cui pende il giudizio. Or bene, in tale ipotesi non vi può essere dubbio che di queste due leggi devesi applicare di preferenza quella più mite, in virtù del principio fondamentale della penale retroattività. Egli è evidente del resto che, una volta determinata secondo la più mite fra quelle due leggi l'indole, la punibilità, la prescrittibilità dell'azione, la quantità della pena del reato su cui pende il giudizio, non si può con un'altra legge giudicare dalla recidiva, che di quel reato è carattere e circostanza.

Tutti quanti i requisiti e gli effetti della recidiva devono essere giudicati secondo la più mite fra le due leggi, antica e nuova. La maggior mitezza della legge poi si rivela, in questo come in tutti gli altri oggetti del giudizio penale, o nell'esenzione totale dalla pena, o nel minor quantitativo di questa.

CAPITOLO XXVIII.

Dell'esecuzione delle pene.

Le cose fin qui dette intorno alla determinazione della pena non si applicano al modo di esecuzione della medesima. Questo modo di esecuzione, appunto perchè attiene piuttosto alle forme che alla sostanza della giustizia penale, deve essere sempre regolato dalla legge attuale, al pari di tutti gli altri elementi della procedura. Che anzi le stesse pene pronunziate con sentenza passata in giudicato devono, per l'anzidetto motivo, essere eseguite secondo il disposto della legge attuale, come ebbe a dichiarare la Corte di cassazione di Parigi in una sua sentenza del 28 marzo 1792 (1), decidendo che la pena capitale inflitta prima dell'attuazione del Codice penale del 1791, do-

(1) D. *R.*, l. c., n. 368.

Digitized by Google

vesse ciò nondimeno venire eseguita nel modo ordinato da questo Codice.

Il principio generale dianzi esposto è anche ammesso dalla maggior parte degli scrittori, e in particolare dal Van de Poll (pag. 37), dal Bertauld (op. cit., 8 leç., pag. 181), dal Meynne (p. 113), dal Nypels (ad Chauveau e Hélie, n. 51), dal Morin (*Rép.*, voce *Eff. rétr.*, n. 15), e dal Dalloz (l. c.). Parecchi scrittori però, e p. es. il Van de Poll, il Nypels, il Morin, il Meynne, il Theodosiades (pag. 205), ne limitano l'applicazione, escludendola in quei casi nei quali il modo di esecuzione della pena, ordinato dalla legge nuova, sia più doloroso di quello ordinato dalla legge sotto il cui impero il reato fu commesso. E per es. il Meynne (*ib.*) disapprova l'art. 7 della legge francese 8 giugno 1850, giusta il quale i deportati devono essere trasferiti nei luoghi nuovamente scelti per l'esecuzione della pena della deportazione. Noi non possiamo convenire in tale opinione, e col Bertauld crediamo che l'esposto principio non soffra nessuna eccezione. Imperocchè, allorquando il legislatore dichiara che la pena rimane la medesima, pur mutando il modo di sua esecuzione, non è lecito al giudice dare una differente importanza a questa mutazione, assimilandola ad un aumento di pena. Oltredichè, ove non si adotti quel principio nella sua generalità, si corre rischio di esigere talvolta l'impossibile, cioè che si faccia uso di mezzi di punizione che, oltre all'essere stati aboliti, neppure più esistono. Bensì bisogna accuratamente distinguere nelle leggi concernenti l'esecuzione delle pene, ciò che attiene propriamente alla forma o al modo di esecuzione, da ciò che influisce sulla quantità della pena, risolvendosi in un aumento o in una diminuzione di questa. Così per es. il Theodosiades adduce a riprova dell'opinione che noi combattiamo, l'evidente ingiustizia dell'applicazione retroattiva di una legge che abolisca in un dato caso l'imputazione nella pena del carcere sofferto prima della condanna; ma siffatta dispo-

Digitized by Google

sizione, chi ben la consideri, fa parte della determinazione della pena, anzichè regolare il modo di eseguirla, perchè l'imputazione o deduzione del carcere sofferto è anteriore a tale esecuzione, e serve appunto a fissare la pena che deve essere eseguita.

CAPITOLO XXIX.

Delle prove.

In qualunque sistema di penale procedura non è possibile che si ammetta la reità dell'accusato, se non è stato provato prima il fatto (in genere) che diede occasione al processo, poi la reità (in ispecie) di chi fu accusato come autore di quel fatto. Questa reità poi non è provata se non dopo che tanto l'accusa quanto la discolpa furono provate, e in virtù di un confronto fra le circostanze addotte per sostenere l'una e quelle addotte per sostenere l'altra. Tutte le legislazioni positive contengono norme intorno ai mezzi di prova, e propriamente: *a*) intorno al modo di porli in essere, come per es. intorno all'audizione dei testimoni; *b*) intorno ai loro requisiti; *c*) intorno alla loro efficacia probatoria. Rispetto a tutti questi punti le legislazioni positive possono differire, e in particolare una legge nuova può differire dall'antica, sia perchè in qualche procedura, come per es. nella procedura davanti al giurì, la legge che la introduce, abolisca tutte quante le regole probatorie stabilite dalla legge precedente, sostituendovi l'intima convinzione dei giurati, sia perchè la medesima si scosti dalla legge precedente o circa il modo di assumere le prove, o circa il grado di efficacia loro assegnato. Domandano gli studiosi della penale retroattività, se tali innovazioni si possano applicare anche ai reati commessi sotto l'impero della legge precedente, o almeno ai processi cominciati sotto l'impero di questa legge.

Digitized by Google

La maggior parte degli scrittori rispondono a questa domanda affermativamente. Sono fra gli altri di questo avviso il Blondeau (l. c.), il Van de Poll (p. 22, 62), e il Berner (p. 72). Per essi tutte quante le leggi probatorie penali, senza nessuna eccezione, appartengono alle processuali, epperò sono retroattive di loro natura, cioè applicabili non meno ai processi già cominciati e ai reati commessi prima della loro attuazione, che a quelli posteriori alla medesima.

Noi non possiamo aderire a siffatta opinione, formulata in termini così generali. Finchè si tratta del rito processuale per l'assunzione delle prove o dei requisiti di esse, noi pure crediamo che una legge nuova debba essere retroattiva per le ragioni dianzi riferite. Imperocchè il legislatore nello stabilire nuove regole intorno a quegli argomenti, è stato certamente guidato dalla considerazione dell'astratta loro opportunità a scoprire il vero, anzichè della loro pratica utilità alle persone, epperò vien meno la possibilità di applicare ad esse il canone fondamentale della penale retroattività, come vien meno il pericolo che se ne abusi, facendone stromento di vendette e persecuzioni (v. sopra pag. 318).

Ma se trattasi invece di nuove regole concernenti la vera e propria efficacia dei mezzi di prova del reato, cioè quello che si possa provare con certi mezzi, o che non si possa provare se non con certi mezzi, noi crediamo che il pratico effetto di tali regole può essere più o meno vantaggioso agli accusati, e che per conseguenza vi si possa e debba applicare il canone fondamentale della penale retroattività. Supponiamo che ad una legge, la quale permette di opporre ai verbali degli uffiziali di polizia altre prove qualunque, venga sostituita un'altra che attribuisce a quei verbali la virtù di provare finchè non vengano impugnati per falso, o che ad una legge, la quale non ammette condanna capitale che non sia fondata sulla prova testimoniale, o sulla confessione dell'accusato corroborata da

Digitized by Google

altre circostanze, ne venga sostituita un'altra, la quale anche in tal caso ammette la prova indiziaria (1). Chi non vede che, tanto nell'un caso quanto nell'altro, la probabilità per l'accusato di subire la condanna è molto maggiore nella legge nuova che nell'antica, e che, come dicono lo Zachariae (p. 60-62) ed il Meynne (pag. 156), la prova di discolpa è resa più difficile, e più facile invece quella della imputazione? Maggior facilità di provare l'imputazione o maggior difficoltà di provare la discolpa, equivalgono a minor facilità per l'imputato di difendersi, epperciò, coerentemente a quanto noi dicemmo più sopra in generale circa la non retroattività delle leggi processuali che diminuiscono i mezzi di difesa degli accusati (v. sopra pag. 368), noi diremo ora collo Zachariae (*ib.*), col Meynne (*ib.*) e col Jenull (ap. Zachariae, nota 116), che le nuove leggi probatorie, le quali rendono più facile la prova della imputazione, e più difficile la prova della discolpa, non possono essere retroattive.

Voglionsi per altro distinguere attentamente le leggi che, mentre esigono una data prova, non fanno in realtà se non determinare un elemento essenziale del reato, dalle leggi probatorie che non rendono più difficile la prova di discolpa, nè più facile quella della imputazione. Il Meynne afferma per es. a buon diritto che, abolita la legge che permette di sventare l'imputazione di calunnia colla *exceptio veritatis* e colla prova di questa, tale abolizione non potrebbesi applicare retroattivamente. Ma la legge in discorso, benchè concerna la prova di discolpa contro l'imputazione di calunnia, non è in sostanza che una ripetizione, sotto altra forma e con altre parole, della stessa definizione del reato di calunnia, il quale implica la falsità, oltre che l'odiosità dell'asserto. Una legge invece, la

(1) La prova indiziaria è dichiarata insufficiente per le condanne capitali nell'Ordinanza penale annoverese del 26 marzo 1822 (ap. Zachariae, nota 80) e nel Codice di procedura penale austriaco del 1853.

Digitized by Google

quale sostituisca al sistema delle prove legali quello dell'intima convinzione, o reciprocamente, deve essere applicata retroattivamente, come ebbe a dichiarare la Corte di cassazione di Parigi in una sentenza del 23 ottobre 1807 (1), relativa alla introduzione delle leggi penali francesi nella Liguria. Imperocchè ad un mutamento di sistema non si può, nè astrattamente, nè in nessun caso concreto, assegnare un'efficacia nè diretta, nè indiretta, pregiudicevole al reo.

In qual significato dovrà ora intendersi la non retroattività da noi ammessa, collo Zachariae e col Meynne, delle nuove leggi che rendono più difficile la prova di discolpa dell'accusato?

Il Meynne (*ib.*) applica in questa occasione un canone generale da lui prestabilito (pag. 119), che cioè tutti quanti i mezzi di difesa dell'accusato sono un diritto acquisito di questo dal momento in cui è cominciato l'attacco, cioè al principio di ogni singolo stadio della procedura. In quel momento l'imputato o l'accusato acquista, secondo il Meynne, un vero e proprio diritto di difendersi in ognuno di quegli stadi a termini della legge vigente, diritto che nessuna legge posteriore gli può togliere. Lo Zachariae invece opina (pag. 82) che i mezzi di difesa dell'imputato e dell'accusato si debbano desumere dalla legge vigente al tempo del reato, e che nessun'altra legge li possa togliere o diminuire.

Questa seconda opinione pare anche a noi migliore della prima. Imperocchè siccome delle nuove leggi penali si può abusare, appropriandole allo scopo di nuocere a chi abbia commesso certi reati, ma non sia ancora stato punito, così nessun miglior mezzo di prevenire tale abuso che l'assicurare ad ogni delinquente l'egida della legge vigente al tempo del delitto, tanto rispetto alla prova d'incolpazione e di discolpa, quanto rispetto a qualunque altro elemento del giudizio pe-

(1) *Pasicr.*, 1ª serie, Vol. 4, pag. 574.

Digitized by Google

nale. L'opinione che noi difendiamo ha quindi anche il pregio di uniformarsi al modo nel quale noi intendemmo la non retroattività della legge penale in tutte le altre quistioni finora discusse nel corso di quest'opera. L'opinione del Meynne al contrario presenta l'inconveniente di rendere applicabili ad un medesimo processo differenti legislazioni, se al principio di ciascheduno stadio del processo fosse stata emanata una legge nuova intorno al medesimo.

CAPITOLO XXX.

Del rito processuale.

Mentre il concetto generale di leggi processuali comprende anche quelle concernenti il modo di iniziare il processo, la competenza e le prove, e generalmente tutte le leggi che riguardano l'amministrazione della giustizia penale, chiamansi propriamente leggi di *rito* quelle concernenti la forma del processo, cioè i vari atti che durante il processo devono essere intrapresi dai magistrati e dai contendenti, gli uni verso gli altri, e i modi in cui devono essere compiuti.

È principio generalmente ammesso che le leggi concernenti le forme processuali si applicano retroattivamente, cioè anche alle procedure cominciate e non finite sotto l'impero delle leggi precedenti, non meno nelle cause civili. Veggansi in proposito: Legraverend (op. cit., vol. II, cap. 1, § 6), Mangin (*De l'instr.*, vol. II, n. 179), Bertauld (op. cit., 8 leç.), Trébutien (op. cit., vol. I, t. 2, pag. 84), Merlin (*Rép.*, voce *Eff. rétr.*, sez 3ª, § 7), Rauter (op. cit., vol. I, n. 8), Blanche (op. cit., art. 4, n. 36), Duverger (*Man. d. jug. d'instr.*, cap. 1, n. 9), Morin (*Rép.*, voce *Eff. rétr.*, n. 8), Dalloz (l. c., n. 340), Van de Poll (pag. 65), Mailher de Chassat (vol. II, p. 254), Berner (p. 72), Meynne

Digitized by Google

(pag. 141), Theodosiades (pag. 245). — Le legislazioni hanno pure generalmente adottato quel principio. In Francia per es. il decreto 5 fruttidoro anno IX lo enunciò nella sua generalità, dicendo: « che tutto ciò che concerne l'istruzione delle cause, finchè queste non sono terminate, si regola secondo le forme nuove, senza offendere il principio di non retroattività, il quale si riferisce soltanto alla sostanza (*au fond*) del diritto ». In Italia lo stesso principio fu introdotto nella legge 26 novembre 1860 (art. 2) per l'attuazione del Codice di procedura penale nell'Emilia, e poi nelle Disposizioni transitorie del 30 novembre 1865 (art. 2) per l'attuazione del nuovo Codice di procedura penale. — Non meno costante fu la giurisprudenza nel riconoscere ed applicare il principio medesimo. Così p. es. la Corte di cassazione di Parigi dichiarò con sentenza 26 luglio 1811 (1) che in un processo penale per un reato commesso vigendo il Codice penale dell'anno IV bastasse domandare ai giurati se *il tale è colpevole*, quantunque quel Codice esigesse che nella domanda ai giurati fosse fatta espressa menzione dell'intenzione; e con sentenza 13 novembre 1835 (2), che « il principio di non retroattività non si applica alle leggi che stabiliscono nuove forme d'istruzione o di giudizio, civile o criminale; che tali leggi regolano i fatti anteriori alla loro promulgazione, quand'anche questi siano già stati occasione di procedimento, purchè non sia ancor stata emanata sentenza definitiva intorno ai medesimi ».

Osservano però parecchi autori, e fra gli altri Meynne (pagina 145) e Theodosiades (p. 250), che tanto nella procedura criminale quanto nella civile, la retroattività delle nuove leggi concernenti le forme processuali non può mai avere per effetto di annullare atti processuali già consumati, e che in virtù di questo principio un atto processuale, cominciato e non finito

(1) D. *R.*, voce *Lois*, n. 340.
(2) *Ib.*

Digitized by Google

sotto l'impero della legge precedente, deve poter essere continuato a termini di questa legge anche sotto l'impero della nuova, ogniqualvolta verrebbe altrimenti lesa l'unità dell'atto, e quindi tolta o scemata l'utilità di quanto fu già operato sotto l'impero della legge precedente. Il Meynne deduce (*ib.*) da tali premesse che un esame di testimoni cominciato e non finito sotto l'impero di una legge processuale abolita, deve essere continuato e finito a termini della legge medesima, anche sotto l'impero di una nuova legge. Dallo stesso riguardo fu certamente mosso il legislatore italiano ordinando nella citata legge del 1860 per le provincie dell'Emilia (art. 2), e nelle citate Disposizioni transitorie per l'attuazione del nuovo Codice di procedura penale italiano (art. 6), che i dibattimenti cominciati e non finiti al tempo in cui entrerà in vigore il nuovo Codice, verranno continuati nella forma e giusta le norme prescritte dalle leggi anteriori di procedura.

A noi pure sembrano sostanzialmente giuste le opinioni surriferite. Le leggi di rito invero, al pari delle altre leggi di procedura, per loro natura e per regola generale non concernono circostanze influenti sulla determinazione della pena, e soltanto in piccola parte concernono la difesa dell'imputato o dell'accusato, in quei riti dai quali questa è accompagnata. Come tali esse possono certamente venire applicate, di regola, in modo retroattivo. Quanto poi agli atti processuali già compiuti a termini della legge precedente, il non dichiararli inutili dopo l'abolizione di questa legge, è logica conseguenza di un principio fondamentale da noi esposto nella Parte Generale di quest'opera (Vol. I, pag. 219), del principio cioè, che quando il cittadino ha posto debitamente in essere un atto impostogli dalla legge, ha diritto di ottenerne le conseguenze che la legge aveva promesse. Siccome però non è esclusa la possibilità che anche le leggi di rito, al pari di altre leggi processuali da noi accennate in precedenti occasioni, contengano principii e dis-

Digitized by Google

posizioni influenti direttamente o indirettamente sulla punizione, e siccome non bisogna neppur perdere di vista le leggi concernenti il rito della difesa, le quali possono essere più o meno vantaggiose all'imputato o all'accusato, così noi crediamo potersi utilmente restringere la generalità del principio che le leggi di rito processuale sono retroattive. Ci par meglio detto che queste leggi sono retroattive in quanto non influiscono nè sulla pena, nè sul diritto della difesa. Codesta proposizione è già stata propugnata dallo Zachariae (pag. 64), il quale ci sembra essere stato censurato a torto dai suoi successori, e in particolare dal Berner (pag. 71), per non avere accettato senza restrizione il principio della retroattività delle leggi concernenti le forme processuali.

L'applicazione pratica della formola suesposta non è certamente facile in tutti i casi. Accade talvolta che la circostanza dell'essere una data legge processuale meno vantaggiosa della precedente all'imputato o all'accusato, faccia credere all'esistenza di una specie di diritto quesito di chi commise il reato sotto l'impero della legge precedente, diritto quesito ad escludere l'applicazione della legge nuova. Per non incappare in errori in codeste indagini, bisogna guardarsi dall'equiparare leggi processuali semplicemente meno vantaggiose, a quelle che conducono veramente a punire chi sarebbe stato impunito secondo la legge antica, o ad aggravare la pena comminata da questa legge, o che tolgono all'imputato un mezzo di difesa che la legge antica gli assicurava. Bisogna spogliarsi eziandio del vano e infondato concetto di un diritto quesito in materia processuale, specialmente penale, concetto che noi abbiamo già più di una volta avuto occasione di censurare. Alcune applicazioni chiariranno meglio il fin qui detto.

Il Van de Poll (pag. 66) ricorda gli articoli 5, 6, 7 del *Code d'instruction criminelle*, concernenti la punibilità dei reati di un francese e di un forestiero in estero Stato a danno dello

Digitized by Google

Stato francese. Certamente questi articoli, quantunque contenuti in una legge di procedura, appartengono però propriamente al diritto penale materiale, perchè statuiscono la punibilità di atti non contemplati dal Codice penale francese. Come tali non saranno certamente retroattivi al pari delle vere e proprie leggi di procedura.

Neppure si può dubitare che le leggi relative alla organizzazione delle autorità giudiziarie, leggi per loro natura strettamente connesse con quelle di rito, debbano sempre essere retroattive, cioè applicarsi tanto alle procedure per reati commessi vigendo le leggi anteriori, quanto a quelle per reati commessi dopo l'abolizione delle medesime. Ciò insegnano tutti gli scrittori, e lo stesso Zachariae (pag. 57), ed ebbe anche a dichiarare la Corte di cassazione di Parigi in una sentenza del 6 ottobre 1837 (1). Ma noi non possiamo aderire all'opinione di Abegg (pag. 500) e di Zachariae (pag. 64), che se la nuova legge diminuisce il numero dei giudici necessari a pronunziare intorno ad una data specie di reati, questa legge non possa applicarsi ai processi relativi a reati anteriori alla sua attuazione. Noi siamo col Meynne (pag. 124) dell'opposto avviso; imperocchè, mentre non possiamo negare che quella nuova legge sia meno vantaggiosa agli imputati dell'antica, questo minor vantaggio però consiste soltanto in una minore probabilità di sentenza giusta in generale, ma in così piccola e incalcolabile misura, che non sarebbe lecito ravvisarvi una offesa del diritto dei rei, senza offendere davvero in gravissimo modo lo stesso legislatore.

È pure generalmente vera l'opinione del Meynne (p. 142-144) che si applicano retroattivamente le leggi relative alle circostanze che provocano l'azione della giustizia repressiva. Noi abbiamo però osservato in un precedente capitolo (XIX) che se una legge nuova sostituisce l'azione pubblica all'azione pri-

(1) *Pasicr.*, 2ª serie, Vol. 19, pag. 580; D. *R. C. c.*, n. 340, 4°.

Digitized by Google

vata per certi reati, non la si può applicare retroattivamente, perchè legge siffatta aumenta per sua natura la probabilità del reo di essere perseguitato ed accusato. Non ci sembra invece patire limitazione alcuna la regola insegnata dal Meynne (*ib.*), che dalla legge attuale si devono sempre desumere le regole intorno al modo di avviare il processo penale davanti alle differenti autorità giudiziarie.

È anche vera in generale l'opinione dello stesso autore (*ib.*) che l'istruzione dei processi penali, di qualunque specie e in qualunque grado di giurisdizione, deve essere fatta secondo la legge attuale. Soltanto riguardi di male intesa equità possono avere indotto qualche legislatore a seguire la massima contraria. Per esempio una legge francese del 18 germinale 1792 (art. 7) ordinò che tutte le querele ed accuse anteriori alla installazione dei tribunali criminali secondo la legge 29 settembre 1791, dovessero essere giudicate non dai giurati, ma da giudici magistrati secondo le antiche leggi.

Noi non opiniamo invece col Meynne (pag. 153) che possa retroagire soltanto una legge più favorevole della precedente all'accusato in materia di arresto provvisorio, ma crediamo che lo possa essere del pari una legge la quale abbia invece il carattere opposto. Imperocchè nè l'arresto provvisorio è una pena, nè implica di per sè solo una minore facilità per l'accusato di difendersi contro il suo accusatore.

Opiniamo pure che non si potrebbe applicare retroattivamente una legge che vanno fingendo parecchi scrittori della nostra materia, cioè una legge che ripristinasse la tortura. Abegg (pag. 498) e Zachariae (pag. 62) sono pure di questo avviso, e noi li seguiamo, non già perchè la tortura non sia una mera forma processuale, benchè riprovevole, ma perchè, oltre all'essere tale, la tortura è pure un male positivo inflitto all'accusato, cosicchè ricorre qui un principio fondamentale della penale retroattività, che chi ha commesso un reato sotto

Digitized by Google

una data legge, non possa per cagione del medesimo venir sottoposto per nessun pretesto ad un male che tale legge non aveva preveduto. Il prof. Berner (pag. 73) ci sembra accontentarsi di troppo poco, quando, per combattere quella opinione, non sa addurre altra ragione fuorchè il carattere processuale della tortura.

Rispetto alla difesa nello stretto senso di questa parola, cioè a quegli atti processuali col mezzo dei quali l'imputato o l'accusato ribatte direttamente l'imputazione o l'accusa, o cerca di rappresentare i fatti che diedero occasione al processo, nel modo per lui meno svantaggioso, il principio generale che la retroattività delle leggi di rito processuale non possa scemare i mezzi di difesa del reo, conduce alla conseguenza che gli atti in discorso non possano essere mai nè per l'imputato, nè per l'accusato minori in numero o in estensione di quelli che gli assicurava la legge sotto il cui impero accadde il fatto cui l'imputazione o l'accusa si riferisce. Se per es. questa legge dava all'imputato il diritto di essere assistito da un difensore anche nella inquisizione preliminare, noi crediamo che tale diritto non gli potrebbe esser tolto da una legge nuova che quella istituzione non ammettesse. Soltanto rispetto alla forma ed ai termini della difesa propriamente detta, la legge nuova dovrebbe essere applicata retroattivamente.

CAPITOLO XXXI.

Della sentenza e dei rimedi contro la medesima.

La sentenza è l'ultimo atto della procedura, e dichiara il diritto, a rintracciare il quale la procedura era destinata. Essa definisce però veramente il litigio soltanto se contro di essa non è più ammissibile rimedio di sorta, o, come si suol dire, se la sentenza ha raggiunto l'efficacia di cosa giudicata. Ciò può

Digitized by Google

accadere, o perchè la sentenza emanata in prima o in una superiore istanza non possa più essere susseguita da una nuova sentenza, o perchè nel caso concreto contro la sentenza emanata in prima o in una superiore istanza il rimedio conceduto della legge non sia più possibile, sia perchè vi abbia espressamente rinunziato chi ne aveva il diritto e vi poteva rinunziare, sia perchè costui abbia lasciato inutilmente trascorrere il tempo fissatogli dalla legge per far uso di quel diritto. L'influenza di una legge nuova sull'appellabilità o inappellabilità, e in generale sui rimedi contro le sentenze già emanate in conformità di una legge anteriore, è uno dei punti più degni di considerazione nello studio del gius transitorio processuale penale.

L'appellabilità o l'inappellabilità, la possibilità di revisione o di cassazione di una sentenza è una conseguenza di questa, epperò deve essere di regola giudicata secondo la legge, vigendo la quale fu la sentenza emanata. Ora la sentenza è un atto processuale, e come tale è regolata dalla legge attuale; per conseguenza, la legge vigente nel giorno in cui la sentenza fu emanata, e non già quella vigente all'epoca del reato, e neppur quella vigente quando il processo venne cominciato, dovrà di regola seguirsi per decidere se e qual rimedio possa darsi contro la sentenza medesima. In virtù di questo principio la la Corte di cassazione di Parigi in una sentenza del 6 ottobre 1837 (1) dichiarò che la legge del 1° aprile di quell'anno, intorno all'autorità delle decisioni della Corte di cassazione dopo due rinvii, aveva il carattere di legge di procedura e di istruzione, epperò dal giorno della sua promulgazione doveva essere applicata non meno ai processi già cominciati, che a quelli che fossero stati promossi in seguito, e non meno ai processi criminali che ai civili.

Discende dal principio anzidetto la conseguenza che, se la

(1) V. sopra pag. 455.

Digitized by Google

legge sotto il cui impero la sentenza venne emanata, accordava un qualche rimedio contro di essa, una legge nuova non può togliere questo diritto a chi lo ha, ma non ne fece ancora uso. Di ciò convengono generalmente i giureconsulti. Veggansi p. es. Merlin (*Rép.*, voce *Eff. rétr.*, sect. 38, 9, VI), Bertauld (op. cit., 8ª leç., p. 189), Van de Poll (p. 74, 75), Dalloz (l. c., n. 355), Meynne (pag. 163), Theodosiades (pag. 263). Anche la Corte di cassazione di Parigi affermò lo stesso canone, tanto pei processi civili quanto pei criminali, nella sentenza 15 maggio 1821 (1). Fra le legislazioni positive lo sancirono pure la legge transitoria italiana del 26 novembre 1860 (art. 4, 6) per l'attuazione del Codice di procedura penale nell'Emilia, e l'altra del 30 novembre 1865 (art. 7) per l'attuazione del Codice di procedura penale pel Regno d'Italia. Se non che suol darsene per motivo un preteso diritto al rimedio contro la sentenza, acquisito dal momento e in virtù della sentenza medesima. Questo motivo ci par buono soltanto rispetto alle sentenze civili, le quali, venendo considerate come quasi-contratti, possono essere fonte e modo d'acquisto di diritti, ma nel diritto penale la sentenza ha un tutt'altro carattere, come tutt'altra è l'indole della giustizia penale e della giustizia civile, e non vi può essere maggiormente diritto quesito in virtù della sentenza penale, di quello che vi possa essere diritto quesito in virtù del reato. Come il reo non può allegare un vero e proprio diritto contro l'applicazione di una legge penale più severa, finchè la pena non gli è stata inflitta con sentenza passata in giudicato, così egli non può allegare neppure un vero e proprio diritto ai rimedi contro una sentenza di condanna che non ha ancora la virtù di cosa giudicata. Per noi il canone in discorso non è altro che una conseguenza ed una applicazione di un altro più generale già tante volte invocato, del canone cioè che i mezzi di difesa accordati da una legge al reo, non

(1) *Pasicr.*, 2ª serie, Vol. 10, pag. 283.

Digitized by Google

gli possono essere tolti da un'altra legge posteriore. Invero i rimedi contro le sentenze sono al certo fra i più importanti mezzi di difesa accordati al reo dalla legge processuale; epperò non deve essere lecito al legislatore di interdirne l'uso a chi vi ha diritto in virtù della legge vigente nel giorno in cui la sentenza venne pronunziata.

Ciò dicasi del resto tanto per le sentenze pronunziate al termine del processo, quanto per quelle pronunziate nel corso di questo, e tanto per le vere e proprie sentenze quanto pei decreti e per le ordinanze. Ed essendo fondamento unico di tale principio un benigno riguardo al reo, ne consegue eziandio che, mentre una legge nuova non può togliere a questo i rimedi che potrebbe esperimentare contro la sentenza in virtù della legge sotto il cui impero la sentenza venne pronunziata, potrà invece una legge nuova togliere tali rimedi al Pubblico Ministero, il quale ne farebbe uso a danno del reo.

Che se giusta la legge vigente nel giorno in cui la sentenza venne emanata, questa è inappellabile, non vi può essere dubbio che contro di essa una legge nuova non potrà accordare alcun rimedio, nè a danno, nè a favore dell'accusato. Ciò pure affermano Van de Poll (pag. 74) e Zachariae (pag. 60). Imperocchè altrimenti si violerebbe il principio, saldissimo nel diritto penale come nel civile, della ineccepibile autorità della cosa giudicata (v. sopra pag. 35 e 362). Ci fa meraviglia che il Meynne (pag. 165) abbia affermato il contrario, e ripreso il Bertauld (op. cit., 8ª leç., pag. 189), il quale disse applicabile soltanto nell'avvenire una legge introduttiva di un nuovo rimedio contro una sentenza passata in giudicato.

Quanto al rito da osservarsi nello sperimentare i rimedi legali contro le sentenze, egli è certo che lo si deve sempre ed unicamente desumere dalla legge attuale.

FINE DEL VOLUME SECONDO.

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE DEL VOLUME II.

PARTE TERZA

Principii pratici ed applicazioni.

LIBRO PRIMO

Principii di gius transitorio personale . . . . . *Pag.* 1
Capitolo I. — Natura e contenuto delle relazioni di stato personale » 2
» II. — Della retroattività delle leggi concernenti lo stato e la capacità delle persone . . . . . » 12
» III. — La retroattività delle leggi concernenti lo stato e la capacità personale, e il Diritto Romano . . » 17
» IV. — Concetto del diritto acquisito nelle materie di stato personale . . . . . » 24
» V. — Dello stato e della capacità delle persone, subbiettivamente considerate, cioè in relazione all'intera società od allo Stato . . . . . » 37
§ 1. — *Della libertà e della schiavitù* . . . . » 38
§ 2. — *Dell'estimazione civile e dell'infamia* . » 39
§ 3. — *Della cittadinanza* . . . . . » 40
§ 4. — *Continuazione* . . . . . » 49
§ 5. — *Continuazione* . . . . . » 51
§ 6. — *Della morte civile* . . . . . » 55
§ 7. — *Dell'assenza* . . . . . » 59
§ 8. — *Delle differenze di sesso* . . . . . » 64
§ 9. — *Della minore e della maggiore età* . . » 65
§ 10. — *Della tutela e della emancipazione dalla tutela* . . . . . » 76

Digitized by Google

§ 11. — *Della interdizione e della inabilitazione. — Delle curatele speciali in particolare* . . *Pag.* 94
§ 12. — *Dei diritti e delle prerogative politiche* . » 120
CAPITOLO VI. — Dello stato e della capacità delle persone considerate in relazione alla famiglia . . . . . » 127
§ 1. — *Della promessa di matrimonio* . . . . » 128
§ 2. — *Dei requisiti e degli atti precedenti il matrimonio* . . . . . » 136
§ 3. — *Della validità del matrimonio e delle domande di nullità* . . . . . » 139
§ 4. — *Dello stato di coniuge e dei rapporti personali dei coniugi* . . . . . » 149
§ 5. — *Della separazione dei coniugi* . . . . » 159
§ 6. — *Dello scioglimento del matrimonio e del divorzio* . . . . . » 162
§ 7. — *Continuazione* . . . . . » 181
§ 8. — *Dei rapporti fra i genitori e la prole* . » 188
a) *Della legittima e della illegittima procreazione* . . . . . » 189
b) *Della patria podestà e della emancipazione della patria podestà* . . . . . » 202
1) *Dell'origine della patria podestà* . » 203
2) *Dell'estensione o degli effetti della patria podestà — Dell'usufrutto legale paterno in particolare* . . . . . » 214
3) *Della cessazione della patria podestà* » 224
§ 9. — *Dell'obbligo legale degli alimenti fra parenti* . . . . . » 226
§ 10. — *Della parentela civile* . . . . . » 230
CAPITOLO VII. — Della parentela naturale . . . . . » 234
§ 1. — *Della dichiarazione della procreazione illegittima* . . . . . » 235
a) *Del riconoscimento della prole naturale* » »
b) *Della giudiziale dichiarazione dell'illegittima procreazione — Della ricerca della paternità in particolare* . . . . . » 238
§ 2. — *Continuazione — Della legge intermedia in materia di ricerca di paternità naturale* . . » 250

Digitized by Google

§ 3. — *Dei diritti dei figli naturali* . . . *Pag.* 251
§ 4. — *Dei diritti della madre illegittima* . . » 260
§ 5. — *Della legittimazione* . . . . . » 262

APPENDICE AL LIBRO I DELLA PARTE TERZA.

DELLA RETROATTIVITÀ IN MATERIA PENALE

CAPITOLO I. — Introduzione . . . . . *Pag.* 266
» II. — Dottrina odierna circa l'effetto retroattivo delle leggi penali . . . . . » 268
» III. — Storia degli esposti principii . . . . . » 272
» IV. — Continuazione. Il Diritto Romano imperiale e Giustinianeo . . . . . » 287
» V. — Continuazione. Il Diritto Canonico . . . » 290
» VI. — Continuazione. I giureconsulti italiani dal secolo XIII al XV . . . . . » »
» VII. — Continuazione. I giureconsulti moderni sino alla fine del secolo XVIII . . . . . » 293
» VIII. — Delle leggi penali interpretative od espressamente retroattive . . . . . » 297
» IX. — Apprezzamento filosofico dell'odierna dottrina circa la penale retroattività . . . . . » 298
» X. — Continuazione. Sposizione ed esame di alcune dottrine . . . . . » 300
» XI. — Continuazione . . . . . » 309
» XII. — Nostra dottrina . . . . . » 313
» XIII. — Delle leggi criminali propriamente dette e delle leggi di polizia . . . . . » 320
» XIV. — Continuazione. Delle leggi passeggiere di polizia » 322
» XV. — Delle leggi criminali passeggiere . . . . » 325
» XVI. — Della legge penale intermedia . . . . . » 327
» XVII. — Dell'applicazione della nuova legge penale più mite nei differenti stadi del processo . . . . » 336
» XVIII. — Dell'influenza della nuova legge penale più mite sulla cosa giudicata . . . . . » 344
» XIX. — Dell'azione civile risultante dal reato . . » 363
» XX. — Varî oggetti cui si applica il canone fondamentale della dottrina della penale retroattività . » 364

Digitized by Google

CAPITOLO XXI. — Come praticamente si facciano la scelta e l'applicazione della legge penale più mite . *Pag.* 366
» XXII. — Dell'istanza pubblica e dell'istanza privata. » 373
» XXIII. — Della prescrizione dell'azione penale e della pena » 375
» XXIV. — Del giudice competente . . . . . » 392
» XXV. — Delle condizioni e degli elementi costitutivi del reato . . . . . » 404
» XXVI. — Della pena e delle circostanze che l'aggravano o la diminuiscono . . . . . » 422
» XXVII. — Continuazione . . . . . » 436
» XXVIII. — Dell'esecuzione delle pene . . . . . » 446
» XXIX. — Delle prove . . . . . » 448
» XXX. — Del rito processuale . . . . . » 452
» XXXI. — Della sentenza e dei rimedi contro la medesima » 458

Digitized by Google

ERRATA-CORRIGE

A pag. 267 linea 12 *invece di* — nel Libro 1° — *si legga* — nella Parte Prima
„ 273 „ 18 „ — *S. C.* — „ — *SC.*

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google